



**HELSINGIN YLIOPISTO
HELSINGFORS UNIVERSITET
UNIVERSITY OF HELSINKI**

Perusoikeuksien Catch-22:

Transsukupuolisten mahdollon valinta

henkilökohtaisen koskemattomuuden ja yksityiselämän suojan välillä

Otava Piha

OTM-tutkielma

Helsingin yliopisto

Oikeustieteellinen tiedekunta

Huhtikuu 2018



Tiedekunta/Osasto - Fakultet/Sektion - Faculty Oikeustieteellinen tiedekunta		Laitos - Institution - Department	
Tekijä - Författare - Author Otava Piha			
Työn nimi - Arbetets titel - Title Perusoikeuksien Catch-22: Transsukupuolisten mahdollon valinta henkilökohtaisen koskemattomuuden ja yksityiselämän suojan välillä			
Oppiaine - Läroämne - Subject Valtiosääntöoikeus			
Työn laji - Arbetets art - Level OTM-tutkielma	Aika - Datum - Month and year Huhtikuu 2018	Sivumäärä - Sidoantal - Number of pages XI + 79	
<p>Tiivistelmä - Referat - Abstract</p> <p>Translain 1 §:n mukaan sukupuolen vahvistamisen edellytyksenä on Suomessa sterilointi tai muulla tavalla saavutettu lisääntymiskyvyttömyys. Tutkielmassa vastaan kahteen kysymykseen: 1. Onko tämä edellytys perustuslain ja Suomea sitovien kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden mukainen? 2. Tuleeko tuomioistuimen jättää tämä translain säännös soveltamatta perustuslain 106 §:n nojalla?</p> <p>Menetelmänä on käytännöllinen lainoppi. Käytän tutkielmassa diskurssianalyysin keinoja tarkastellessani seitsemää PL 106 §:n soveltamista pausta korkeimmasta hallinto-oikeudesta.</p> <p>Tutkimus kytketään perusoikeusuudistuksen jälkeiseen perusoikeusparadigmaan, jonka mukaan kaikessa julkisen vallan käytössä perus- ja ihmisoikeudet on turvattava tosiasiallisesti ja tehokkaasti. Tältä pohjalta tarkastelen ensin perusoikeuksien rajoitusedellytysten täyttymistä lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksesta säädettyä, siten kuin perustuslakivaliokunta kenties asiaa tarkastelisi. Tämän jälkeen omaksun tuomioistuimen näkökulman ja tarkastelen, ylittyisikö PL 106 §:n etusijasäännöksen soveltamiskynnys, jos lisääntymiskykyinen transsukupuolinen veisi asiansa (korkeimpaan) hallinto-oikeuteen.</p> <p>Lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen merkitsee puuttumista henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja yksityiselämän suojaan. Vastaus ensimmäiseen tutkimuskysymykseen on kielteinen: lisääntymiskyvyttömyysvaatimus on perustuslain ja ihmisoikeusvelvoitteiden vastainen. Siltä puuttuu hyväksyttävä rajoitusperuste eikä se ole suhteellisuusperiaatteen mukainen. Vaatimus saattaa myös merkitä ihmisarvoa loukkaavaa kohtelua, joka on kielletty ehdottomasti, ja saattaa näin loukata myös vaatimusta perusoikeuden ydinalueen koskemattomuudesta. Vastaus toiseen kysymykseen on myönteinen: lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen soveltamisen ja perustuslain välillä on ilmeinen ristiriita, jolloin tämä translain säännös tulisi tuomioistuimissa syrjäyttää perusoikeuksien eduksi. Pitkällä aikajänteellä ristiriita tulisi korjata translakia uudistamalla.</p>			
Avainsanat - Nyckelord - Keywords transsukupuolisuus, sterilointi, perusoikeudet, perustuslainmukaisuus, ihmisoikeudet, Euroopan ihmisoikeussopimus, henkilökohtainen koskemattomuus, yksityiselämän suoja			
Säilytyspaikka - Förvaringställe - Where deposited Helsingin yliopiston elektroninen tietokanta			
Muita tietoja - Övriga uppgifter - Additional information			

Sisällysluettelo

Lähdeluettelo.....	III
Lyhenneluettelo.....	XI
1 Johdanto.....	1
1.1 Tutkimuskysymykset ja -metodit.....	5
1.2 Rajaukset.....	8
1.3 Terminologiasta.....	10
1.4 Tutkimuksen lähtökohtia.....	12
2 Translainsäädäntö ja oikeuskäytäntö.....	17
2.1 Translaki ja transasetus.....	18
2.2 EIT:n oikeuskäytäntö.....	19
2.2.1 Transsukupuolisten lisääntymiskyvttömyyteen liittyvät oikeustapaukset.....	21
2.2.2 Tahdonvastaiseen sterilointiin liittyvät oikeustapaukset.....	24
3 Translaki ja perusoikeudet.....	27
3.1 Halventavan kohtelun kieltö ja ihmisarvon loukkaamattomuus.....	27
3.1.1 Halventavan kohtelun luonne.....	28
3.1.2 Halventavan kohtelun vakavuus.....	30
3.2 Ihmisarvon loukkaamattomuus ja oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen.....	32
3.3 Yksityiselämän suoja.....	33
4 Transsukupuolisten perusoikeuksien rajoittaminen.....	35
4.1 Lailla säätäminen, täsmällisyys ja tarkkarajaisuus sekä riittävä oikeusturvajärjestely.....	37
4.2 Suostumuksen merkitys.....	38
4.3 Rajoitusperusteen hyväksyttävyys.....	41
4.4 Suhteellisuusvaatimus.....	48
4.5 Ydinalueen koskemattomuus ja ihmisoikeuksien noudattamisen vaatimus.....	53
4.6 Yhteenvetoa.....	58
5 Translaki tuomioistuimessa.....	60
5.1 PL 106 §:n soveltamisedellytykset esitöiden mukaan.....	62
5.2 Ylimpien tuomioistuinten varhainen soveltamiskäytäntö.....	63
5.3 Korkeimman hallinto-oikeuden soveltamiskäytäntö: normikontrollihakuinen vai oikeusturvahakuinen?.....	66
5.4 PL 106 § ja translaki.....	72
6 Lopuksi.....	77

Lähdeluettelo

Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis*: Luentoja lainopillisen tutkimuksen teoriasta. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 2011.
- Akandji-Kombe, Jean-François*: Positive obligations under the European Convention on Human Rights: A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. Human Rights Handbooks, No. 7. 2007, s. 19.
- Anttila, Outi*: Kohti tosiasiallista tasa-arvoa? Sukupuolisyrjinnän kiellot oikeudellisen pluralismin aikana. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2013.
- Dunne, Peter*: Legal gender recognition in Europe: sterilisation, diagnosis and medical examination requirements. Journal of Social Welfare and Family Law 2017, s. 497-500.
- Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu*: Ihmisoikeudet: käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön. 2., uudistettu painos. Alma Talent 2017.
- Hahto, Vilja*: Uhrin myötävaikutus ja rikoksentekijän vastuu. Edita 2004.
- Husa, Jaakko*: Perusoikeudet ja vallanjako – suomalaisen perusoikeuskeskustelun sokea piste? Oikeus 1/2003, s. 4–25
- Jyräki, Juulia*: Kummia naisia, outoja oikeuksia. Oikeustiedettä queer-oikeuden ja naisoikeuden leikkauspisteissä. Oikeus 2/2005, s. 157–177.
- Karapuu, Heikki*: Perusoikeuksien käsite ja luokittelu. Teoksessa *Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeudet. 2., uudistettu painos. Werner Söderström lakitieto WSLT 2011.
- Lavapuro, Juha*: Perusoikeusjärjestelmä liikkeessä. Arvostelu teoksesta *Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeudet (1999). Oikeus 1999, s. 437 – 445.
- Lavapuro, Juha*: Perustuslain 106 §:n ilmeisyysvaatimuksen vaikutuksista oikeuskäytännössä. Lakimies 4/2008 s. 582–611.
- Lavapuro, Juha*: Uusi perustuslakikontrolli. Suomalainen lakimiesyhdistys 2010.
- Lavapuro, Juha*: Perusoikeusargumentaation kontrolloitavuudesta. Teoksessa *Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha*: Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Suomalainen lakimiesyhdistys 2012.

- Länsineva, Pekka*: Perusoikeudet – nyt. Teoksessa *Länsineva, Pekka – Viljanen, Veli-Pekka* (toim.): Perusoikeuspuheenvuoroja. Turun yliopisto 1998, s. 103–119.
- Mattila, Aino – Tinkanen, Helena*: Transsukupuolisuuden hoito Suomessa. *Duodecim* 2015, 131, s. 363–364.
- Melander, Sakari*: Kriminalisointiperiaatteet ja perusoikeuksien rajoitusedellytykset. *Lakimies* 6/2002, s. 938–961.
- Moron-Puech, Benjamin*: L’arrêt A.P., Nicot et Garçon c. France ou la protection insuffisante par le juge européen des droits fondamentaux des personnes transsexuées. *La Revue des droits de l’homme, Actualités Droit-Libertés*, julkaistu internetissä 3.5.2017, s. 1-20. <http://journals.openedition.org/revdh/3049> (14.4.2018)
- Nousiainen, Kevät*: Sukupuolierosta oikeudessa. *Lakimies* 6–7/1998, s. 1014–1026.
- Ojanen, Tuomas*: KKO 2004:26. Rakennussuojelu. Perustuslaki. Omaisuuden suoja. Perustuslain etusija. *Lakimies* 5/2004, s. 911–928.
- Pellonpää, Matti*: Henkilökohtainen koskemattomuus (PL 7 §). Teoksessa *Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Ojanen, Tuomas – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeudet. 2., uudistettu painos. Werner Söderström lakitieto WSLT 2011.
- Piha, Otava*: Transsukupuolisten lisääntymiskyvyttömyys ja patologisointi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä. *Oikeus* 1/2018, s. 81-95.
- Pylkkänen, Anu*: Trapped in Equality. Women as Legal Persons in the Modernisation of Finnish Law. Suomalaisen Kirjallisuuden Seura 2009.
- Rantala, Marjo*: Sukupuoleen sopeutetut – intersukupuolisten ja transsukupuolisten henkilöiden oikeusasema Suomessa. *Oikeus* 1/2016, s. 8–28.
- Saraviita, Ilkka*: Perustuslakivaliokunnan rooli perusoikeusjärjestelmän kehittämisessä. Julkaisussa: *Nieminen, Liisa* (toim.): Perusoikeudet Suomessa. Lakimiesliiton kustannus 1999, s. 29–71.
- Scheinin, Martin*: Perusoikeuskonfliktit. Teoksessa *Heinonen, Tuuli – Lavapuro, Juha*: Oikeuskulttuurin eurooppalaistuminen. Suomalainen lakimiesyhdistys 2012.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Poikkeuslakien välttämisen periaate. *Lakimies* 6–7/1999, s. 961–972.
- Viljanen, Veli-Pekka*: Perusoikeuksien rajoitusedellytykset. Sähköinen painos. Talentum Media 2014.
- Webley, Lisa*: Qualitative Approaches to Empirical Legal Research. Teoksessa Cane, Peter; Kritzer, Herbert M. (eds.): *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford University Press, 2010.

Virallislähteet

Euroopan komissio: Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression 2012.

Euroopan neuvoston ihmisoikeusvaltuutettu: Human rights and gender identity. CommDH/IssuePaper(2009)2.

Euroopan neuvoston ihmisoikeusvaltuutettu: Report by Nils Muiznieks, Human Rights Commissioner of the Council of Europe after his visit to Finland from 11 to 13 June 2012.

Euroopan neuvoston ministerikomitean suositus CM/Rec 2010/5 (hyväksytty 31.3.2011).

Euroopan neuvoston parlamentaarisen kokouksen päätöslauselma 1728(2010) (hyväksytty 29.4.2010).

Euroopan neuvoston parlamentaarisen kokouksen päätöslauselma 1945(2013) (hyväksytty 26.6.2013).

Euroopan neuvoston parlamentaarisen kokouksen päätöslauselma 2048(2015) (hyväksytty 22.4.2015).

Euroopan parlamentti: Transgender Persons' Rights in the EU Member States 2010.

Euroopan Unionin perusoikeusvirasto: Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity 2010.

European Union Agency for Fundamental Rights: Being Trans in the European Union Comparative analysis of EU LGBT survey data. 2014. (FRA 2014)

HE 309/1993 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

HE 1/1998 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

HE 88/1999 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta.

HE 207/2000 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi raskauden keskeyttämisestä annetun lain ja steriloimislain muuttamisesta.

HE 56/2001 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi sukupuolen vahvistamisesta eräissä tapauksissa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 276/2009 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi ihmisen elimien, kudoksien ja solujen lääketieteellisestä käytöstä annetun lain, sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 5 §:n ja sairausvakuutuslain 7 luvun 4 §:n muuttamisesta.

HE 222/2010 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.

HE 140/2012 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle valvottua koevapautta koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 199/2013 vp: Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi mielenterveyslain muuttamisesta.

Hidén, Mikael: Lausunto perustuslakivaliokunnalle 14.10.1999 kello 10. HE 88/99 vp laiksi ulkomaalaislain muuttamisesta. Perustuslakivaliokunnan esityslista 39/1999 vp, s. 2–5.

Ihmisoikeusvaltuuskunta: Kirje pääministeri Juha Sipilälle, ulkoasiainministeri Timo Soinille, oikeusministeri Antti Häkkäselle sekä perhe- ja peruspalveluministeri Annika Saarikolle. IOK/64/2017. 19.12.2017.

LA 43/2016 vp: Lakialoite laiksi transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain 1 §:n muuttamisesta.

LaVM 14/2014 vp: Lakivaliokunnan mietintö 14/2014 vp kansalaisaloitteesta eduskunnalle avioliittolain, rekisteröidystä parisuhteesta annetun lain ja transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain muuttamisesta (KAA 3/2013 vp).

Ojanen, Tuomas: Perustuslain 106 §:n etusijäsäännös – toimivuuden ja muutostarpeiden arviointi. Liite 3 julkaisussa Perustuslaki 2008 -työryhmän muistio. Työryhmämietintö 2008:8.

PeVL 4/2013 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto 4/2013 vp hallituksen esityksestä eduskunnalle valvottua koevapautta koskevaksi lainsäädännöksi.

PeVL 6/2017 vp: Perustuslakivaliokunnan lausunto 6/2017 vp hallituksen esityksestä eduskunnalle laeiksi vankeuslain, tutkintavankeuslain ja yhdyskuntaseuraamusten täytäntöönpanosta annetun lain muuttamisesta.

PeVM 25/1994 vp: Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.

PeVM 10/1998 vp: Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 10 hallituksen esityksestä uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

Sosiaali- ja terveysministeriö: Sukupuolen oikeudellisen vahvistamisen edellytykset. Työryhmän loppuraportti 2015:23.

StVM 4/2001 vp: Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintö 4/2001 vp hallituksen esityksestä laeiksi raskauden keskeyttämisestä annetun lain ja steriloimislain muuttamisesta.

StVM 7/2002 vp: Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintö 7/2002 vp hallituksen esityksestä laiksi sukupuolen vahvistamisesta eräissä tapauksissa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

Tasa-arvovaltuutettu: Lisääntymiskyvyttömyysvaatimus rikkoo transsukupuolisten ihmisoikeuksia. 21.11.2011. <https://www.tasa-arvo.fi/-/tasa-arvovaltuutettu->

[lisaantymiskyvyttömyysvaatimus-rikkoo-transsukupuolisten-ihmisoikeuksia](#)
(15.4.2018)

Tasa-arvovaltuutettu: Selvitys sukupuolivähemmistöjen asemasta. Tasa-arvojulkaisuja 2012:1.

TAS 297/13: Tasa-arvovaltuutetun lausunto hedelmöityshoitojen antamisesta pareille, joissa toinen puolisoista on transsukupuolinen. 22.8.2013.

THL: Tautiluokitus ICD-10 3. painos. Luokitukset, termistöt ja tilasto-ohjeet 2011:5. Terveyden ja hyvinvoinnin laitos 2011.

Tilastokeskus: Ikäryhmittäinen hedelmällisyys muuttujina Vuosi, Tiedot ja Äidin ikä. 2016.
http://pxnet2.stat.fi/PXWeb/pxweb/fi/StatFin/StatFin_vrm_synt/statfin_synt_pxt_009.px/table/tableViewLayout2/?rxid=385e8b2b-143e-4e27-88de-f5e97b523e27
(23.3.2018)

Ulkoministeriö: Recommendations Received by Finland during the Consideration of its Human Rights Situation by the Working Group on the Universal Periodic Review in March 2008, and the Actions Undertaken by the Government of Finland in Response to these Recommendations. 11.6.2010.

Valtakunnallinen sosiaali- ja terveystieteen eettinen neuvottelukunta ETENE: Transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain muutostarpeet. Lausunto sosiaali- ja terveysministeriölle 2013. (ETENE 2013)

YK:n CEDAW-komitea: Concluding observations on the seventh periodic report of Finland. CEDAW/C/FIN/CO/7. 28.2.2014.

YK:n ihmisoikeusneuvosto: Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Finland. Addendum. Responses of Finland to the recommendations/conclusions. A/HRC/8/24/Add.1. 25.8.2008.

YK:n ihmisoikeusneuvosto: Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Finland. A/HRC/21/8. 5.7.2012. (YK:n ihmisoikeusneuvosto 2012a)

YK:n ihmisoikeusneuvosto: Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Finland. Addendum. Views on conclusions and/or recommendations, voluntary commitments and replies presented by the State under review. A/HRC/21/8/Add.1. 7.9.2012. (YK:n ihmisoikeusneuvosto 2012b)

YK:n ihmisoikeusneuvosto: Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Finland. A/HRC/36/8. 14.7.2017. (YK:n ihmisoikeusneuvosto 2017a)

YK:n ihmisoikeusneuvosto: Report of the Working Group on the Universal Periodic Review of Finland. Addendum. Views on conclusions and/or recommendations, voluntary commitments and replies presented by the State under review. A/HRC/36/8/Add.1. 8.9.2017. (YK:n ihmisoikeusneuvosto 2017b)

YK:n ihmisoikeusvaltuutettu: Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity. Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. A/HRC/29/23. 4.5.2015.

YK:n järjestöjen yhteinen lausunto: Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization. An interagency statement: OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF, WHO. 2014.

YK:n kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen erityisraportoiija: UN Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E. Méndez. 2013. (*YK:n kidutuksen vastainen erityisraportoiija* 2013)

Yogyakartan periaatteet: Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity 2007. <https://yogyakartaprinciples.org/introduction/> (14.4.2018)

Oikeustapaukset

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Airey vs. Irlanti (9.10.1979, A 32)

Dudgeon vs. Yhdistynyt kuningaskunta (22.10.1981)

Rees vs. Yhdistynyt kuningaskunta (17.10.1986)

Norris vs. Irlanti (26.10.1988)

Cossey vs. Yhdistynyt kuningaskunta (27.10.1990)

B. vs. Ranska (25.3.1992)

Modinos vs. Kypros (22.4.1993)

Sheffield ja Horsham vs. Yhdistynyt kuningaskunta (30.7.1998)

Goodwin vs. Yhdistynyt kuningaskunta (11.7.2002)

Van Kück vs. Saksa (12.6.2003)

Grant vs. Yhdistynyt kuningaskunta (23.5.2006)

L. vs. Liettua (11.9.2007)

V.C. vs. Slovakia (8.11.2011)

N.B. vs. Slovakia (12.6.2012)

James, Wells ja Lee vs. Yhdistynyt kuningaskunta (18.9.2012)

I.G., M.K. ja R.H. vs. Slovakia (13.11.2012)

G.B. ja R.B. vs. Moldovan tasavalta (18.12.2012)

Fernández Martínez vs. Espanja (12.6.2014)

Hämäläinen vs. Suomi (16.7.2014)

Svinarenko ja Slyadnev vs. Venäjä (17.7.2014)

Elberte vs. Latvia (13.1.2015)

Y.Y. vs. Turkki (10.3.2015)

A.P., Garçon ja Nicot vs. Ranska (6.4.2017)

Bayev, Kiselev ja Alekseyev vs. Venäjä (20.6.2017)

Korkein hallinto-oikeus

KHO:2008:25

KHO:2009:15

KHO:2012:54

KHO:2012:75

KHO:2013:136

KHO:2013:192

KHO:2014:126

KHO:2016:180

KHO:2017:84

Korkein oikeus

KKO 1999:50

Muut lähteet

Internet-lähteet

Finnqueer.net: Yogyakartan periaatteet suomeksi. http://www.finnqueer.net/juttu.cgi?s=312_5_1 (16.4.2018)

Helsingin Sanomat: Suomen laki ei tunnista raskaana olevaa miestä, eikä pian synnyttävä mies saisi yhteiskunnan etuuksia – Kelan etuusjohtaja: ”Uskon, että asia saadaan järjestymään”. 7.10.2017. <https://www.hs.fi/kotimaa/art-2000005399802.html> (17.4.2018)

Seta ry: Sateenkaarisanasto. 12.12.2016. <http://seta.fi/sateenkaarisanasto/> (15.4.2018)

- Rautiainen, Pauli*: Vaatimus lisääntymiskyvyttömyydestä loukkaa transihmisten oikeuksia. 30.8.2017. <https://perustuslakiblogi.wordpress.com/2017/08/30/pauli-rautiainen-vaatimus-lisaantymiskyvyttomyydesta-loukkaa-transihmisten-oikeuksia/> (15.4.2018)
- Renz, Flora*: Stopping forced sterilisation is not enough – the limitations of the recent ECHR judgement on trans rights. 13.4.2017. <http://verfassungsblog.de/stopping-forced-sterilisation-is-not-enough-the-limitations-of-the-recent-echr-judgement-on-trans-rights/> (15.4.2018)
- Yle Uutiset*: Lännen media: Mies on ensimmäistä kertaa raskaana Suomessa. 7.10.2017. <https://yle.fi/uutiset/3-9871051> (15.4.2018)
- Yle Uutiset*: LM: Sukupuolensa mieheksi korjannut synnytti vauvan. 4.4.2018. <https://yle.fi/uutiset/3-10143757> (15.4.2018)

Muut lähteet

- Amnesty International*: The State Decides Who I Am: Lack of Gender Recognition for Transgender People. 2014.

Lyhenneluettelo

CEDAW	Committee on the Elimination of Discrimination against Women (YK)
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus, Euroopan neuvoston yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi, SopS 85-86/1998
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EN	Euroopan neuvosto
ETENE	Valtakunnallinen sosiaali- ja terveysalan eettinen neuvottelukunta ETENE
ICD-10	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision (10. uudistus)
KP-sopimus	YK:n kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus ja siihen liittyvä valinnainen pöytäkirja, SopS 8/1976
PL	Perustuslaki
STM	Sosiaali- ja terveysministeriö
YK	Yhdistyneet kansakunnat

1 Johdanto

”Jokaisen Suomen lainkäyttöpiiriin kuuluvan henkilön perusoikeuksien toteutuminen on pyhä asia.”

Oikeusministeri *Antti Häkkänen* Lakimiesliiton Lakimiespäivässä 6.10.2017

Sukupuoli-identiteetti on kokemuksenvarainen asia. Toisin sanoen sosiaalisessa mielessä sukupuolta ei voi ulkopuolinen ihminen määrittää jo syntymässä, vaan vasta eletyn kokemuksen kautta henkilö voi itse määritellä, kokeeko hän olevansa nainen, mies, jotain siltä väliltä, joku täysin muu tai sukupuoleton. Sukupuolen ilmaisu, esimerkiksi pukeutuminen, voi poiketa sukupuoli-identiteetistä. Toinen näistä tai molemmat voivat poiketa biologisesta sukupuolesta,¹ joka määritellään yleensä ulkoisten sukupuolielinten perusteella. Oikeusjärjestelmät kuitenkin harvoin huomioivat tätä sukupuolen moninaisuutta. Ihminen merkitään syntymässä väestötietorekisteriin biologisen sukupuolen perusteella miespuoliseksi tai naispuoliseksi, ja joskus tämä merkintä ei vastaa koettua sukupuolta. Sukupuolimerkinnän muuttaminen on yleensä tiukkojen edellytysten takana eikä vaihtoehtoja yleensä ole kuin kaksi: nainen tai mies. Suomessa sukupuolimerkinnän muuttamisesta eli juridisen sukupuolen vahvistamisesta säädetään translaissa,² jonka 1 §:n mukaan sukupuolen vahvistamisen edellytykseksi asetetaan täysi-ikäisyys, Suomen kansalaisuus tai asuinpaikka Suomessa sekä lääketieteellinen selvitys siitä, että henkilö pysyvästi kokee kuuluvansa vastakkaiseen sukupuoleen ja elää tämän mukaisessa sukupuoliroolissa. Lisäksi useassa Euroopan valtiossa, myös Suomessa, asetetaan sukupuolen vahvistamisen edellytykseksi lisääntymiskyvyttömyys.

Suomessa lisääntymiskyvyttömyyden toteaa lääkäri ja sen voi saavuttaa usealla keinolla. Suurimmassa osassa tapauksia lisääntymiskyvyttömyys aiheutuu transsukupuolisille annetuista lääketieteellisistä hoidoista. Sukuelinkirurgia aiheuttaa varmasti pysyvän lisääntymiskyvyttömyyden, sen sijaan hormonihoidosta aiheutuva lisääntymiskyvyttömyys voi olla palautuvaa. Hoitoa saavan näkökulmasta on kuitenkin sattumanvaraista, palautuuko lisääntymiskyky hormonihoidon lopettamisen jälkeen, joten myös tällaista lisääntymiskyvyttömyyttä on lähtökohtaisesti pidettävä pysyvänä. Jos sukupuoltaan

1 Myös biologisen sukupuolen tunnusmerkit ovat moninaisia eivätkä aina yksiselitteisiä.

2 Laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta 563/2002.

vahvistettava henkilö ei halua tai voi vastaanottaa tällaisia hoitoja, hän voi pyytää sterilointia. Lisääntymiskyvyttömyys voi seurata myös iän myötä.

Transsukupuolisiin kohdistuvaa lisääntymiskyvyttömyysvaatimusta ovat arvostelleet lukuisat ihmisoikeustoimijat. Euroopan neuvoston (EN) ihmisoikeusvaltuutetun vuonna 2012 antama suositus sekä YK:n CEDAW-komitean vuonna 2014 antama suositus kohdistuivat nimenomaisesti Suomen lainsäädäntöön.³ Samoin eri valtiot ovat YK:n alaisen yleismaailmallisen määräaikaistarkastelun yhteydessä suositelleet Suomelle vaatimuksen poistamista⁴. Jo vuoden 2008 määräaikaistarkastelussa Suomi hyväksyi suositukseksi Yogyakartan periaatteiden harkitsemisen noudatettavaksi ohjeena politiikan kehittämisessä ja vuonna 2010 Suomi ilmoitti tavoitteekseen, että YK hyväksyy periaatteet kansainvälisiksi suosituksiksi⁵. Yogyakartan periaatteeseen numero 3 sisältyy lausuma:⁶

”Jokaisen henkilön itse määrittelemä seksuaalinen suuntautuminen ja sukupuoli-identiteetti on olennainen osa heidän henkilöönsä ja perustavanlaatuinen osa itsemääräämisoikeutta, ihmisarvoa ja vapautta. Ketään ei saa pakottaa lääketieteellisten toimenpiteiden kohteeksi, mukaan lukien sukupuolenkorjausleikkaukset, sterilointi tai hormonihoito edellytyksenä sukupuoli-identiteettinsä juridiselle tunnustamiselle.”⁷

3 Lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen poistamista ovat yksiselitteisesti suositelleet EN:n ihmisoikeusvaltuutettu (2009 ja 2012), EN:n ministerikomitea (2010), EN:n parlamentaarinen kokous (2010, 2013 ja 2015), EU:n perusoikeusvirasto (2010), YK:n kidutuksen vastainen erityisraporttointi (2013), YK:n alaiset järjestöt yhteisessä kannanotossaan (2014), YK:n CEDAW-komitea (2014) sekä YK:n ihmisoikeusvaltuutettu (2015). Euroopan parlamentti (2010) on viitannut EN:n ihmisoikeusvaltuutetun suositukseen vuodelta 2009 ja Euroopan komission raportti (2012) on kuvannut lakisääteistä sterilointivaatimusta tarpeettomaksi, henkilöön kajoavaksi, patologisoivaksi ja ongelmalliseksi.

4 Vuonna 2012 Suomi hyväksyi suositukseksi lisätä toimia seksuaali- ja sukupuolivähemmistöihin kohdistuvan syrjinnän saralla muun muassa tarkistamalla kansallista lainsäädäntöä ja hallintoa syrjinnän kitkemiseksi esimerkiksi mitä tulee oikeuteen perheeseen ja vanhemmuuteen, turvallisuuteen ja henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Suomi lupasi asettaa työryhmän translain muutostarpeen arvioimiseksi. YK:n ihmisoikeusneuvosto 2012a, suositus 90.8, s. 18; YK:n ihmisoikeusneuvosto 2012b, vastaus suositukseen 90.8, s. 3. Vuonna 2017 Meksiko, Alankomaat, Portugal, Espanja, Ruotsi, Australia, Kanada ja Irlanti suosittelivat selväsanaisesti, että Suomi poistaisi lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen translaista. Suomi ei hyväksynyt näitä suosituksia vaan merkitsi ne huomioiduksi kommentilla, että asiaa on käsitelty, mutta sillä hetkellä hallitus ei ollut vielä sopinut lakimuutosehdotuksen antamisesta eduskunnalle. YK:n ihmisoikeusneuvosto 2017a, suositukset 100.46–100.53, s. 14; YK:n ihmisoikeusneuvosto 2017b, vastaukset suosituksiin 100.46–100.53, s. 5.

5 YK:n ihmisoikeusneuvosto 2008, suositus 7, s. 6; ulkoministeriö 2010, s. 15.

6 Käännökset vieraskielisistä teksteistä ovat kirjoittajan omia, ellei toisin mainita.

7 Yogyakartan periaatteet ovat kansainvälisen joukon ihmisoikeusasiantuntijoita kehittämä yleismaailmallinen opas ihmisoikeuksien noudattamiseen seksuaalisen suuntautumisen ja sukupuoli-identiteetin alueella. Käännöksessä käytetty apuna *finnqueer.net*-sivustolta löytyvää listausta.

Suomi ei kuitenkaan edelleenkään ole uudistanut lainsäädäntöään Yogyakartaan periaatteiden mukaiseksi tai hyväksynyt ihmisoikeustoimijoiden vaatimuksia lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen poistamisesta.

Myös kotimaiset toimijat ovat ottaneet kantaa lisääntymiskyvyttömyysvaatimukseen. Tasa-arvovaltuutettu antoi jo vuonna 2011 lausuman vaatimuksen ihmisoikeuksien vastaisuudesta, mitä seurasi kattavampi selvitys sukupuolivähemmistöjen asemasta vuonna 2012. Selvityksessä todettiin muun muassa, että transsukupuolisia koskeva lakisääteinen steriliteettivaatimus on Suomessa ainutlaatuinen eli steriliteettiä ei lakisääteisesti edellytetä miltään muulta ihmisryhmältä.⁸ Vuonna 2015 sosiaali- ja terveysministeriön asettama työryhmä valmisteli lakiehdotuksen translain uudistamisesta, mihin olisi sisältynyt muun muassa lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen poistaminen. Työryhmä totesi: ”Vaikka sukupuolen oikeudellinen vahvistaminen on yksittäistapauksia lukuun ottamatta Suomessa mahdollista ilman pysyvän lisääntymiskyvyttömyyden vaatimusta, lisääntymiskyvyttömyys sukupuolen oikeudellisen vahvistamisen ehtona on itsessään ongelmallinen perus- ja ihmisoikeuksien kannalta.”⁹ Eduskunnassa on myös kesäkuusta 2016 asti ollut vireillä vasemmistoliiton kansanedustaja *Silvia Modigin* lakialoite lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen poistamiseksi laista. Aloitteen allekirjoittanut 85 kansanedustajaa.¹⁰ Kumpikaan lakihanke ei kuitenkaan ole edennyt.

Viimeisimpänä Suomen ihmisoikeusvaltuuskunta vaati joulukuussa 2017 translain kiireellistä uudistamista muun muassa lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen poistamiseksi. Lausunnossaan valtuuskunta totesi lisääntymiskyvyttömyyden vaatimisen olevan ”perustavaa laatua oleva oikeuden loukkaus” ja painotti, ettei uudistus heikentäisi kenenkään perus- tai ihmisoikeuksia, mutta vaikuttaisi merkittävästi transihmisten hyvinvointiin.¹¹ Kansalaisjärjestöt, kuten Seta ry, Trasek ry ja Amnesty International, ovat jo pitkään vaatineet translain uudistamista.

Oikeudellisesti merkittävä käänne tapahtui huhtikuun 6. päivänä 2017, kun Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) viides jaosto tuomitsi Ranskan Euroopan ihmisoikeus-

⁸ *Tasa-arvovaltuutettu* 2011; *tasa-arvovaltuutettu* 2012, s. 18.

⁹ *Sosiaali- ja terveysministeriö* 2015, s. 15. Hormonihoitoa saavan transsukupuolisen näkökulmasta lisääntymiskyvyn palautuminen on sattumanvaraista.

¹⁰ *LA 43/2016 vp.*

¹¹ *Ihmisoikeusvaltuuskunta* 2017, s. 2.

sopimuksen¹² (EIS) 8 artiklan rikkomuksesta tapauksessa *A.P., Garçon ja Nicot vs. Ranska*. Rikkomus koski Ranskan lainsäädäntöön sisältynyttä vaatimusta, että transsukupuolinen henkilö todistaa ulkomuotonsa ”peruuttamattoman muutoksen” ennen kuin hän voi saada juridisen sukupuolensa vahvistettua. Tämän katsottiin sisältävän vaatimuksen lisääntymiskyvyttömyydestä, mikä loukkasi henkilön oikeutta yksityiselämänsä kunnioitukseen, joka on 8 artiklassa turvattu.¹³

Lisääntymiskyvyttömyysvaatimusta pidetään siis kansallisesti ja kansainvälisesti ongelmallisena, perus- ja ihmisoikeuksien vastaisena. Suomi on saanut vaatimuksensa takia lukuisia huomautuksia. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on todennut lisääntymiskyvyttömyyden vaatimisen loukkaavan Euroopan ihmisoikeussopimusta. Tästä huolimatta Suomen hallitus ja eduskunta ovat vitkastelleet translain uudistamisessa ja vaatimuksen poistamisessa.

Aiheeseen liittyville kannanotoille on ominaista tietty summaarisuus. Niissä usein todetaan lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen ongelmallisuus pureutumatta tarkemmin siihen, millaisia ristiriitoja vaatimuksen ja ihmisoikeusvelvoitteiden tai perustuslain välillä aiheutuu. Tämän tutkielman ensimmäinen tarkoitus on pureutua näihin ristiriitoihin. Toiseksi, asian korjaamiseksi vaaditaan kannanotoissa lakimuutosta. Lakimuutos onkin varmasti pitemmän päälle oikea tapa korjata asia. Samalla translakia kannattaisi uudistaa laajemminkin. Suomen perustuslaki (PL) tarjoaa kuitenkin toisenkin keinon perustuslain vastaisen säännöksen vaikutusten korjaamiseksi: PL 106 §:n etusijasäännöksen mukaan tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle, jos lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Tutkielman toisena tarkoituksena on selvittää, ylittyisikö etusijasäännöksen soveltamiskynnys lisääntymiskykyisen transsukupuolisen sukupuolen vahvistamista koskevassa asiassa.

Aihetta koskeva oikeustieteellinen kirjallisuus on varsin vähäistä. Ennen *A.P. ym.* -ratkaisua transsukupuolisten oikeusasemasta ja lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksesta on kirjoittanut Suomessa *Marjo Rantala*, syrjintäkiellon näkökulmasta¹⁴. *A.P. ym.* -ratkaisua kommentoitiin ensimmäiseksi oikeustieteellisissä blogeissa. Suomessa aiheesta kirjoitti

12 Euroopan neuvoston yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi, SopS 85-86/1998.

13 Ranskan uusi lainsäädäntö tuli voimaan 12. lokakuuta 2016. Vaatimukset lääketieteellisestä diagnoosista ja lisääntymiskyvyttömyyden aiheuttavista hoidoista poistettiin. Siksi käytän mennyttä aikamuotoa selostaessani Ranskan lainsäädäntöä.

14 *Rantala* 2016.

Pauli Rautiainen.¹⁵ Akateemisia artikkeleita ovat julkaisseet *Benjamin Moron-Puech* sekä *Peter Dunne*¹⁶. Myös tästä syystä aiheeseen liittyvälle tutkimukselle on kysyntää.

1.1 Tutkimuskysymykset ja -metodit

Vastaan tutkielmassa kahteen pääkysymykseen:

1. Onko Suomen lakiin transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta 563/2002 (translaki) sisältyvä vaatimus lisääntymiskyvyttömyydestä sukupuolen vahvistamisen edellytyksenä perustuslain ja Suomea sitovien kansainvälisten velvoitteiden mukainen?
2. Tuleeko suomalaisen tuomioistuimen jättää lisääntymiskyvyttömyyttä vaativa translain säännös soveltamatta perustuslain 106 §:n nojalla?

Toinen kysymys ennakoi, että vastaus ensimmäiseen kysymykseen on kielteinen. Vaikka toinen kysymys koskee kaikkia hallintotuomioistuimia, vastauksessa omaksutaan korkeimman hallinto-oikeuden näkökulma, sillä tutkimusaineisto on valittu korkeimmasta hallinto-oikeudesta.

Tutkimuksen menetelmä on käytännöllinen lainoppi. Analyysi pohjautuu siten lakitekstiin, lainvalmisteluasiakirjoihin ja oikeuskäytäntöön ja liikkuu voimassaolevan oikeuden puitteissa. Se esittää tulkintasuosituksia perustuslain normeista.¹⁷ Tutkimus on kriittinen translain lisääntymiskyvyttömyysvaatimusta kohtaan, sillä vaatimus osoittautuu ongelmalliseksi perustuslain ja kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden valossa. Ristiriidasta huolimatta lainsäätäjä ei ole katsonut tarpeelliseksi ottaa lakia uudelleenkäsitteilyyn.

Suomessa perustuslainmukaisuuden valvonta kuuluu ensisijaisesti, ennakkollisesti, perustuslakivaliokunnalle ja toissijaisesti, jälkikäteisesti ja yksittäistapauksellisesti, tuomioistuimille. Tutkimuskysymykset kiinnittyvätkin luontevasti näihin kahteen perustuslakivalvonnan muotoon. Esikysymyksenä on selvitettävä, mitä perus- ja

¹⁵ *Rautiainen* 2017. Ks. myös *Renz* 2017.

¹⁶ *Moron-Puech* 2017; *Dunne* 2017.

¹⁷ *Aarnio* 2011, s. 104.

ihmisoikeuskytkentöjä translain lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksella on. Keskityn Suomen perustuslaissa turvattuihin ihmisarvon loukkaamattomuuteen ja henkilökohtaisen koskemattomuuden suojaan. Näiden ihmisoikeusvastinparit Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ovat halventavan kohtelun kielto sekä yksityiselämän suoja, joista molemmat suojelevat myös fyysistä koskemattomuutta.¹⁸ Lisäksi on tarpeen tarkastella perustuslaissa ja ihmisoikeussopimuksessa turvattua yksityiselämän suojaa myös siltä osin, kuin nämä velvoittavat valtion tunnustamaan sukupuoli-identiteetti myös juridisesti.

Ensimmäistä tutkimuskysymystä lähestyn perustuslakivaliokunnan muotoilemien perusoikeuden rajoitusedellytysten pohjalta. Tässä yhteydessä tutkin erityisesti, onko lisääntymiskyvyttömyyden vaatimiselle hyväksyttävä peruste, onko vaatimus oikeasuhtainen, puututaanko sillä perusoikeuden ydinalueeseen ja onko vaatimus Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden mukainen. Lakien esityöt ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut ovat tärkeitä oikeuslähteitä.

Toiseen kysymykseen vastatakseni tutkin, onko lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen soveltaminen ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Perustuslain 106 §:n eli etusijasäännöksen nojalla tuomioistuimen on jätettävä yksittäistapauksessa soveltamatta tavallisen lain säännös, joka on ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa. Etusijasäännös oli uusi lisäys vuoden 2000 perustuslakiin, joten se on ollut voimassa hieman yli 18 vuotta. Korkein hallinto-oikeus on kuitenkin soveltanut säännöstä vain kerran, vuonna 2008, ja korkein oikeus neljä kertaa¹⁹. Säännöksen soveltamiskynnys on sen sanamuodon mukaan tarkoitettu korkeaksi, ja sitä se vaikuttaa olleen myös käytännössä. Vastatakseni toiseen tutkimuskysymykseen tutkin, millaisiin argumentteihin nojautuen korkein hallinto-oikeus on soveltanut etusijasäännöstä tai jättänyt sen soveltamatta. Tarkastelu on rajattu korkeimpaan hallinto-oikeuteen, sillä sukupuolen vahvistamista koskeva asia ratkaistaisiin hallintotuomioistuimessa ja soveltamiskynnys saattaa olla erilainen ylimmissä tuomioistuimissa.

Etusijaratkaisujen tarkastelu perustuu diskurssianalyysiin. Diskurssianalyysissä tarkastellaan kielellisiä ilmaisuja ja rakenteita kirjoitetun tai puhutun tekstin tulkitsemiseksi. Tutkimalla kielitieteellisiä merkkejä ja antamalla niille merkityksiä voidaan muodostaa

¹⁸ Rajauksista ja niiden perusteluista ks. seuraava jakso.

¹⁹ KHO:2008:25; KKO 2004:26, KKO 2012:11, KKO 2014:13, KKO 2015:14.

analyttisiä kategorioita. Diskurssianalyysillä voidaan paljastaa piilomerkityksiä ja laajempia ideologioita tekstin taustalla. Metodin heikkoutena voidaan pitää sen subjektiivisuutta: merkitykset suodattuvat tutkijan oman tietopohjan ja omien ennakkokäsitysten kautta.²⁰ Diskurssianalyysi kuuluu kuitenkin sisäänrakennettuna moderniin lainoppiin. Se muodostaa osan metodista, jota *Aulis Aarnio* kutsuu oikeudelliseksi argumentaatioksi. Argumentaatioteoriassa analyysin vakuuttavuus syntyy perustelujen vakuuttavuuden kautta. Teoria hyväksyy sekä oikeusjärjestyksen että moraalien oikeuden osasiksi, mikä näkyy myös tässä tutkimuksessa.²¹ Tässä tutkielmassa analyttisinä kategorioina toimivat Lavapuron jaottelu *normikontrollihakuiseen laintulkintaan* ja *oikeusturvahakuiseen laintulkintaan*²². Korkeimman hallinto-oikeuden käyttämät oikeuslähteet sekä lainopilliset argumentit osoittavat jompaa kumpaa laintulkintatapaa tai voivat olla tämän jaottelun kannalta neutraaleja. Käytännössä oikeusturvahakuinen laintulkintatapa osoittautuu yleisemmäksi. Oikeusturvahakuista lähestymistapaa sovelletaan tämän jälkeen translain lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen tarkasteluun.

Tarkasteluun on otettu seitsemän korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisua. Ratkaisut on valittu seuraavalla metodilla: Edilex-tietokannassa on haettu oikeustapauksia vaihtoehtoisilla hakufraaseilla *perustuslain 106 §* tai *perustuslain etusija*. Hakutulokset on rajattu korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisuihin. Saaduista 39 hakutuloksesta on karsittu pois tapaukset, joissa korkein hallinto-oikeus ei käsittele PL 106 §:n soveltamista. Esimerkiksi ratkaisut, joissa valittaja on vedonnut etusijasäännökseen, mutta korkein hallinto-oikeus ei ole lausunut säännöksen soveltamisesta tai vain summaarisesti todennut, ettei säännöksen edellyttämää ilmeistä ristiriitaa ole, on rajattu pois. Jäljelle jääneistä tapauksista on valittu seitsemän, joista selvimmin nousee huomioita PL 106 §:n soveltamisesta. Valituista tapauksista yksi koskee transsukupuolisen sukupuolen vahvistamisen edellytyksiä, mutta ei lisääntymiskyvyttömyysvaatimusta.

Koska ratkaisuaineisto on suppea, ei sen perusteella voida tehdä pitkälle meneviä johtopäätöksiä perustuslain etusijasäännöksen soveltamisesta. Analyysi on myös keskittynyt nimenomaan korkeimman hallinto-oikeuden enemmistön perusteluihin, joten hallinto-oikeuden perusteluille, asianosaisten väitteille tai vähemmistöön jääneiden

20 Webley 2010, s. 942–943.

21 Aarnio 2011, s. 10, 18, 39.

22 Lavapuro 2008.

tuomareiden perusteluille ei ole annettu merkitystä tutkimusekonomisista syistä. Poikkeuksena on tapaus KHO:2013:192, jossa korkein hallinto-oikeus viittaa hallinto-oikeuden perusteluihin. Tällöin myös nämä perustelut on huomioitu. Suppeudestaan huolimatta analyysi kuitenkin palvelee tutkielman tarkoitusta, joka on hahmotella, tulisiko etusijäsäännös sovellettavaksi translain lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen kontekstissa.

1.2 Rajaukset

Transsukupuolisten oikeuksia on yleensä lähestytty syrjintänäkökulmasta. Esimerkiksi transsukupuolisten oikeutta hedelmöityshoitoihin ja heidän oikeuttaan avioliittoon on tarkasteltu PL 6 §:n yhdenvertaisuussäännöksen valossa.²³ Lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen soveltaminen koskettaa kuitenkin henkilökohtaista koskemattomuutta selvemmin kuin syrjintäkieltoa. Lisäksi esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä syrjintäkielto on sikäli toissijainen oikeus verrattuna muihin ihmisoikeussopimuksen turvaamiin oikeuksiin, että EIT säännönmukaisesti jättää saman kysymyksen tutkimatta syrjintänäkökulmasta, jos loukkaus todetaan jonkin aineellisen oikeuden artiklan nojalla²⁴. Syrjintänäkökulman puuttumisen takia en tarkastele asiaa myöskään tasa-arvolain²⁵ näkökulmasta.

Tutkielmassa ei myöskään suoriteta oikeusvertailua. Muista Euroopan maista saisi hedelmällistä aineistoa translain kehittämiseen liittyen, mutta oikeusvertaileva näkökulma ei ole tarpeellinen lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen perustuslainmukaisuuden selvittämiseksi. On tietysti mahdollista, että korkein hallinto-oikeus, punnitessaan PL 106 §:n soveltamisedellytysten täyttymistä, tarkastelisi myös muiden maiden translain-säädäntöä. Näin korkein hallinto-oikeus teki esimerkiksi sukupuolen vahvistamista koskevassa tapauksessa KHO:2009:15, viitaten samalla myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen dynaamiseen tulkintatapaan, jossa se huomioi eurooppalaiset kehityssuunnat. Lainsäädäntöä vertailevaa näkökulmaa tuon esiin selostaessani EIT:n ratkaisua *A.P. ym.*, mutta tämän laajemmin en tuo oikeusvertailua mukaan tutkimukseen.

23 Esim. tasa-arvovaltuutetun lausunto *TAS 297/13* sekä *KHO:2009:15* ja samaa asiaa koskeva EIT:n ratkaisu *Hämäläinen vs. Suomi*.

24 Lisääntymiskyvyttömyyden kontekstissa EIT omaksui tämän lähestymistavan tapauksessa *A.P., Garçon ja Nicot vs. Ranska*. Muista transsukupuolisia koskevista tapauksista EIT on omaksunut lähestymistavan tapauksissa *Goodwin vs. Yhdistynyt kuningaskunta* sekä *Van Kück vs. Saksa*. Ks. myös Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 1167.

25 Laki naisten ja miesten välisestä tasa-arvosta 609/1986.

Tutkimus on tiukasti rajattu nimenomaan lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen perustuslain mukaisuuteen. Muita transsukupuolisten oikeuksia koskevat kysymykset jäävät tutkimuksen ulkopuolelle. Tämä koskee myös translaissa asetettuja muita edellytyksiä sukupuolen vahvistamiselle, kuten vaatimusta, että henkilö pysyvästi kokee kuuluvansa vastakkaiseen sukupuoleen ja elää tämän mukaisessa sukupuoliroolissa. Toisin sanoen kysymystä transsukupuolisuuden patologisoinnista ja lääketieteellisen ja oikeudellisen prosessin erottamisesta toisistaan ei käsitellä tässä tutkimuksessa. Myöskään ikärajan oikeutusta tai puolison suostumuksen vaatimista rekisteröidyn parisuhteen muuttumiseen avioliitoksi ei käsitellä.²⁶

Tutkimuksen ulkopuolelle jää myös sukupuolen problematisointi oikeudessa laajemmin. Translaki perustuu sukupuolen dikotomisuuden varaan, eli jokaisen henkilön oletetaan olevan joko mies tai nainen. Joissain muissa maissa sallitaan muutkin sukupuolimerkinnot, esimerkiksi ”määrittelemätön” tai X.²⁷ Tällaisen niin sanotun kolmannen sukupuolen tarpeellisuudesta, käytännön toteutuksesta ja merkityksestä perusoikeuksien kannalta Suomessa tarvittaisiin niin oikeustieteellistä kuin yhteiskuntatieteellistäkin tutkimusta. Tässä tutkimuksessa ei liion oteta kantaa siihen, mikä on virallisen sukupuolimerkinnot tarpeellisuus oikeusjärjestelmässämme ylipäätään, voisiko siitä luopua ja millä edellytyksillä.

Transsukupuolisten oikeuksia ajavat kansalaisjärjestöt, kuten Seta ry, Trasek ry ja Amnesty International, ovat kampanjoineet translain kokonaisuudistuksen puolesta. He tukevat siirtymistä itsemääräämisoikeuteen perustuvaan malliin, jossa henkilö voisi ilmoituksella tai yksinkertaisessa hakemusmenettelyssä vahvistuttaa sukupuolensa toiseksi. Järjestöjen mukaan menettelyssä ei tulisi edellyttää diagnoosia transsukupuolisuudesta tai muustakaan lääketieteellisestä tilasta, sillä tällainen diagnoosi patologisoi transsukupuolisuutta ja transsukupuolisia. Samoin järjestöjen käsityksen mukaan sukupuolen vahvistamismahdollisuus

26 Avioliittokysymys on pitkälti menettänyt merkityksensä sukupuolineutraalin avioliittolain säätämisen takia. Tosin rekisteröidyssä parisuhteessa olevia koskee edelleen tilanne, jossa rekisteröidyn parisuhteen toinen osapuoli voi estää sukupuolen vahvistamisen, jos hän ei anna suostumustaan rekisteröidyn parisuhteen muuttumiseksi avioliitoksi. Ei voida olettaa, että jokainen rekisteröidyssä parisuhteessa oleva automaattisesti hyväksyisi itselleen avioliiton. Tältä osin rekisteröidyssä parisuhteessa olevat transsukupuoliset ovat eri asemassa avioliitossa oleviin transsukupuolisiin nähden ja tässä näkyy myös virallistetun parisuhteen ensisijaisuus suhteessa henkilön omaan sukupuoli-identiteettiin.

27 Edellinen merkintä on käytössä esimerkiksi Australiassa ja jälkimmäinen Uudessa-Seelannissa. Suomessa ”määrittelemätön”-kategoria on käytössä vain intersukupuolisten lasten kohdalla, kunnes heidän sukupuolensa on määritelty.

tulisi sallia myös alaikäisille. Tällainen translain kokonaisuudistus perusoikeus- ja muine juridisine vaikutuksineen jää kuitenkin tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

Kansainvälisistä ihmisoikeussopimuksista nojaan käytännössä vain Euroopan ihmisoikeussopimukseen. Myös muut kansainväliset ihmisoikeussopimukset sisältävät lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen kannalta relevanttia sääntelyä. EIS:n nojalla annetut Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomiot ovat kuitenkin oikeudellisesti sitovia, toisin kuin muiden ihmisoikeussopimuksen valvontaelinten kannanotot, ja EIT:sta on kysymystä nimenomaisesti koskeva ratkaisu *A.P. ym.* Vaikka muut kansainväliset sopimukset on rajattu tutkimuksen ulkopuolelle, kansainvälisoikeudellinen näkökulma tulee tarkoituksenmukaisesti käsiteltyä.

1.3 Terminologiasta

Käsitteitä *transseksuaali* ja *transseksualismi* pidetään nykyään vanhentuneina ja halven tavina tai vähintäänkin virheellisinä. Kyse on sukupuolisesta identiteetistä – ei seksuaalisesta suuntautumisesta – eli siitä, minkä sukupuolen henkilö kokee omakseen. Englannin kielessä sana *transgender* voi viitata joko henkilöihin, jotka kokevat oman sukupuolensa vastakkaiseksi kuin heidän anatominen sukupuolensa, tai henkilöihin, jotka kokevat, etteivät perinteiset mies–nais-kategoriat kuvaa heidän sukupuolista suuntautumistaan riittävän hyvin: he elävät ”mieheyden ja naiseuden rajalla, välillä tai ulko-puolella”²⁸. Tässä tutkielmassa käytetään käsitettä *transsukupuoliset* kuvaamaan vain ensimmäistä joukkoa.²⁹ Transsukupuolisuuden määritelmä ei riipu siitä, onko henkilö saanut lääketieteellistä diagnoosia tai hoitoa tai onko hän vahvistuttanut juridisen sukupuolensa, vaan olennaista on henkilön oma kokemus.

Väestötietojärjestelmän sukupuolimerkintää kutsutaan yleisesti *juridiseksi sukupuoleksi* ja suomalaisessa lainsäädännössä merkinnän muuttamista transsukupuolisuuden seurauksena *sukupuolen vahvistamiseksi*. Sukupuolen *muuttamisen* sijaan transsukupuoliset suosivat *korjaamisen* käsitettä. Heidän sukupuolensa on aina ollut sama, mutta heidän ulkoiset piirteensä eivät vastaa koettua sukupuolta. Puhuttaessa juridisesta sukupuolimerkinnästä

28 *Tasa-arvovaltuutettu* 2012, s. 7.

29 Käsitteiden tarkka määritelmä voi vaihdella myös sateenkaariyhteisön sisällä. Esim. Seta ry ylläpitää 'sateenkaarisanastoa', jonka määritelmät voivat poiketa tässä esitetystä. *Seta ry* 2016.

verbi *korjata* loisi kuitenkin vaikutelman, että sukupuolimerkinnän muuttaminen loisi retroaktiivisia vaikutuksia³⁰. Sukupuolimerkintä voidaan muuttaa eli korjata myös esimerkiksi näppäilyvirheen vuoksi, joten käsite *sukupuolen vahvistaminen* on tässä yhteydessä korjaamista täsmällisempi ilmaisu. Sen sijaan käsitettä *sukupuolen korjaus* käytän viittaamaan lääketieteellisiin toimenpiteisiin, erityisesti sukulinkirurgiaan ja hormonihoitoon.

Käsite *transseksuaali* esiintyy edelleen Suomen lainsäädännössä translain nimikkeessä: laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta. Itse lakitekstissä käytetään ilmaisua ”pysyvästi kokee kuuluvansa vastakkaiseen sukupuoleen”. Translain nojalla annetussa STM:n asetuksessa (1053/2002, transasetus) käytetään käsitteitä *transseksuaali* ja *transseksuaalisuus*, mikä johtunee siitä, että käsitettä *transseksualismi* käytetään edelleen Maailman terveysjärjestön ICD-10-tautiluokituksessa. ICD-10:n Suomessa käytössä olevassa versiossa se määritellään seuraavasti:

”Halu elää ja tulla hyväksytyksi vastakkaisen sukupuolen edustajana. Yleensä tähän liittyy epämukavuuden tai yhteensopimattomuuden tunne, joka liittyy henkilön anatomiseen sukupuoleen, sekä toive saada kirurgista ja hormonaalista hoitoa oman ruumiin muuttamiseksi mahdollisimman samankaltaiseksi kuin toivottu sukupuoli.”³¹

Suomessa on käytössä hieman vanhempi versio, jossa on kaksi muutakin diagnostista kriteeriä:

”A. Halu elää ja tulla hyväksytyksi vastakkaisen sukupuolen edustajana. Tavallisesti tähän liittyy toive saada kirurgista ja hormonaalista hoitoa oman ruumiin muuttamiseksi mahdollisimman samankaltaiseksi kuin toivottu sukupuoli.

B. Transseksuaalisen identiteetin kokemus on kestänyt vähintään kaksi vuotta.

C. Kyseessä ei ole muun mielenterveyshäiriön, esimerkiksi skitsofrenian oire tai kromosomipoikkeavuus.”³²

Anatomiseen sukupuoleen liittyvää epämukavuuden tai yhteensopimattomuuden tunnetta kutsutaan yleensä *sukupuolidysforiaksi* tai *sukupuoliristiriidaksi*.

30 Moron-Puech 2017, s. 8.

31 THL 2011, F64.0.

32 THL 2011, F64.0.

Vaikka lisääntymiskyvyttömyyttä vaaditaan transsukupuolisilta vain sukupuolen vahvistamisen yhteydessä,³³ käytän tässä työssä ilmaisun jouhevuuden takia yleisemmällä tasolla liikkuvaa ilmausta *lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen transsukupuolisilta*. Translain edellyttämä lisääntymiskyvyttömyys voidaan toteuttaa hormonihoitojen, leikkaushoidon tai erillisen sterilointitoimenpiteen seurauksena. Käytän tässä työssä ilmaisua *sterilointi* kuvaamaan myös sukupuolen korjaushoitojen myötä saavutettua lisääntymiskyvyttömyyttä, sillä lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen voi painostaa transsukupuolisia hormonihoitoihin tai leikkaukseen, vaikka he muuten eivät haluaisi tällaisia hoitoja³⁴. Ilmaisun *sterilointivaatimus* on siten *lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen* vähemmän kapulakielinen synonyymi.

1.4 Tutkimuksen lähtökohtia

Suomessa toteutettiin vuonna 1995 perusoikeusuudistus, jonka myötä perusoikeudet julistettiin lainsäätäjän ohjenuorista kaikkea julkisen vallan käyttöä sitoviksi oikeuksiksi. *Heikki Karapuu* on puhunut laajan perusoikeusnäkemyksen omaksumisesta.³⁵ Vanhaa, suppeaa perusoikeusnäkemyistä leimasi valtiotodistuksen kunnioittamisvelvollisuus eli perusoikeuksien luonne rajoitteina sille, ettei lainsäätäjällä voinut tavallisessa lainsäätämisen järjestyksessä kajoa kansalaisten vapauspiiriin. Perusoikeusuudistuksessa asetettiin kaikelle julkisen vallan käytölle velvoite turvata aktiivisesti perusoikeuksien toteutuminen, myös tosiasiallisesti. Lisäksi perusoikeuksien vaikutus ulotettiin myös yksityisten välisiin suhteisiin. Suomen Hallitusmuotoon lisättiin 16 a § (nykyisen perustuslain 22 §), jonka mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Säännös vastaa asiallisesti KP-sopimuksen³⁶ 2 artiklaa sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 1 artiklaa ja on epäilemättä näiden innoittama. Se korostaa julkisen vallan aktiivista velvoitetta turvata perus- ja ihmisoikeudet niin lainsäädännössä, hallinnossa kuin lainkäytössäkin.³⁷ Säännökseen sisältyy myös ajatus siitä, että perusoikeudet ovat aineellisia, eivät muodollisia oikeuksia³⁸. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen sanoin:

33 Lisääntymiskyvyttömyyttä ei esimerkiksi vaadita hoitojen edellytyksenä, kuten Turkissa EIT:n tapauksen *Y.Y.* aikoihin.

34 *Amnesty International* 2014, s. 43.

35 *Karapuu* 2011, s. 75–76.

36 Kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus ja siihen liittyvä valinnainen pöytäkirja, SopS 8/1976.

37 *HE 309/93 vp*, s. 75.

38 *Viljanen* 2014, s. 10.

julkisen vallan on turvattava oikeudet käytännöllisesti ja tehokkaasti, ei teoreettisesti ja illusorisesti³⁹. Tämä perusoikeusajattelun murros on tarkoittanut siirtymistä uudenlaiseen perusoikeusparadigmaan⁴⁰. Kuitenkin perustuslain etusijasäännös eli säännös siitä, että tuomioistuimen on jätettävä perustuslain kanssa ilmeisessä ristiriidassa oleva lain säännös soveltamatta, lisättiin vasta uuteen perustuslakiin, joka tuli voimaan 1.3.2000.

Aineellisen perusoikeussuojan vahvistuminen on vaikuttanut myös muihin oikeudenaloihin. Se on esimerkiksi antanut pontta oikeuden ja sukupuolen tutkimukselle ja vaikuttanut epäsuoran syrjinnän käsitteen kehittymiseen. Tasa-arvolainsäädännössä ei siten pidä pitää ratkaisevana sitä, onko lainsäädäntö kirjoitettu sukupuolineutraaliin muotoon, vaan sitä, ovatko lainsäädännön tavoitteet ja vaikutukset tosiasiallisesti sukupuoli-neutraaleja.⁴¹ Myös sukupuolen ilmaisuun perustuvaa syrjintää pidetään sukupuoleen perustuvana syrjintänä, joten suoran ja epäsuoran syrjinnän kieltojen pitäisi suojella myös transsukupuolisia. Translaki kuitenkin asettaa transsukupuoliset oikeudellisesti hyvin erilaiseen asemaan verrattuna cissukupuolisiin⁴². Aineellisen perusoikeussuojan korostuminen on myös mahdollistanut esimerkiksi oikeudellisesti pätevän suostumuksen problematisoinnin. Jäljempänä esitän, että vaikka transsukupuoliset muodollisesti antaisivatkin suostumuksensa steriloinnille tai muulle lisääntymiskyvyttömyyden aiheuttavalle toimenpiteelle, tämän suostumuksen aitouteen on suhtauduttava kriittisesti.

Pohjimmiltaan tämäkin tutkielma on *sukupuolinormatiivinen*. Sen taustaoletuksena on kaksinapaisen sukupuolijärjestelmän ylläpitäminen ja henkilöiden sopeuttaminen tähän järjestelmään. Transsukupuolisten oikeuksien tutkimus, samoin kuin sukupuolen ja oikeuden tutkimus ylipäätään, hyötyisi queerioikeudellisesta⁴³ näkökulmasta.⁴⁴ Queer-

39 *Airey vs. Irlanti*, kohta 24.

40 *Karapuu* 2011, s. 76: ”Kun puhutaan perusoikeuksia koskevasta kokonaisnäkemyksestä tai paradigmasta, painotetaan lainsäätäjien, lainsoveltajien ja oikeustieteen tutkijoiden perusoikeuskannanottojen taustalla olevaa yleistä ajattelutapaa ja yleisiä periaatteita. Kaikkia yksityiskohtia, esimerkiksi jokaisen perusoikeussäännöksen jokaista tulkintaratkaisua, ei voida selittää kokonaisnäkemyksellä tai paradigmalla. Tästä seuraa muun ohella se, että yksittäistä tulkintapäätöstä tehtäessä kokonaisnäkemyksestä voidaan usein päätellä ”tyypillinen” tulkinta, mutta ei ”oikeaa” tulkintaa.”

41 *Pylkkänen* 2009, s. 9–10; *Anttila* 2013, s. 21.

42 Cissukupuolisella tarkoitetaan henkilöä, jonka sukupuoli-identiteetti ja sukupuolen ilmaisu (esim. pukeutuminen) vastaavat hänelle syntymässä määritellyä sukupuolta ja tähän sukupuoleen liitettyjä kulttuurisia odotuksia.

43 *Queer* tarkoittaa sanamukaisesti outoa. Sukupuoli- ja seksuaalivähemmistöt ovat omaksuneet sanan tarkoittamaan yhteiskunnallisista heteronormeista poikkeavaa identiteettiä. Queer-termiin liittyy rajojen eli normien rikkominen. Akateeminen queer-keskustelu kyseenalaistaa yhteiskunnan sukupuoleen ja seksuaalisuuteen liittyviä normeja.

44 *Nousiainen* 1998, s. 1021–1022; *Jyränki* 2005, s. 163.

oikeuden ytimessä on ajatus siitä, että luomalla kategorioita luodaan myös normeja, joita yhteiskunnan jäsenten oletetaan noudattavan. Joka ei noudata näitä normeja joutuu yhteiskunnan ulkopuolelle. Queeroikeuden haasteena on muun muassa huolehtia siitä, ettei lainsäädännöstä tule sukupuolisokeaa. Sukupuolisokea lainsäädäntö häivyttää sukupuoli-kategoriat ja keskittyy yksilötason näkökulmaan siinä määrin, ettei eri ryhmien erityispiirteitä voida enää erottaa. Rakenteelliset ongelmat jäävät tällöin huomaamatta. Queeroikeudellinen sukupuolen laajempi problematisointi oikeudessa on rajattu tutkimuksen ulkopuolelle. Tälläkin tutkimuksella on kuitenkin liityntä queeroikeuteen, kun se kyseenalaistaa sukupuolen vahvistamiselle asetetun edellytyksen lisääntymiskyvyttömyydestä. Mitä vähemmän edellytyksiä sukupuolen vahvistamiselle asetetaan, sitä vähemmän luodaan kulttuurisia normeja ja odotuksia siitä, millaisia ihmisten pitäisi olla. Aivan queeroikeuden ytimeen eli oikeudellisen sukupuolijärjestelmän dekonstruktioon ei kuitenkaan päästä.

Queeroikeuden lisäksi tutkielmasta puuttuu lääkintäoikeudellinen näkökulma, ja tätä voidaan pitää puutteena. Sterilointi on lääketieteellinen toimenpide, jota koskee esimerkiksi biolääketiedesopimuksen⁴⁵ määräykset itsemääräämisoikeuden kunnioittamisesta. Samoin sukupuolen vahvistamista voitaisiin pitää transsukupuolisille annettavana hoitona, joka vähentää heidän sukupuolidysforiaansa, ja tällöin tästäkin näkökulmasta voitaisiin esittää lääkintäoikeudellisia argumentteja esimerkiksi potilaan itsemääräämisoikeudesta tai oikeudesta parhaaseen mahdolliseen hoitoon. Tarkastelun rajaaminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja EIT:n oikeudellisesti sitoviin kannanottoihin tarkoittaa kuitenkin lääkintäoikeudellisen näkökulman rajaamista tutkielman ulkopuolelle.

Euroopan neuvoston ihmisoikeusvaltuutettu (2009) on tiivistänyt, miten sterilointivaatimus on ihmisoikeusvelvoitteiden kannalta ongelmallinen:

”Tällaiset vaatimukset [kuten lisääntymiskyvyttömyys] ovat selvästi ristiriidassa fyysisen koskemattomuuden kunnioituksen kanssa. Steriloinnin tai muun kirurgian vaatiminen edellytyksenä henkilön valitseman sukupuolen juridiselle tunnustamiselle sivuuttaa sen, että vaikka transsukupuoliset usein haluavat tällaisia operaatioita, näin ei aina ole. Lisäksi tällainen kirurgia ei ole aina lääketieteellisesti mahdollista, saavutettavissa tai

45 Yleissopimus ihmisoikeuksien ja ihmisarvon suojaamiseksi biologian ja lääketieteen alalla, SopS 24/2010.

taloudellisesti tarjolla ilman sairausvakuutuksen rahoitusta. Hoito ei välttämättä ole potilaan toiveiden ja tarpeiden mukaista eikä tämän erikoislääkärin määräämää. Kuitenkin henkilön valitseman sukupuoli-identiteetin juridinen tunnustaminen käy mahdolliseksi ilman tällaisia toimenpiteitä, asettaen transsukupuolisen limboon ilman mitään silminnäkävää ulospääsyä. On suuri huolenaihe, että transsukupuoliset ovat ilmeisesti ainoa ryhmä Euroopassa, joka on lain määräämän, valtion toimeenpaneman steriloinnin kohde. -- Perimmäinen ihmisoikeuskysymys tässä on, missä määrin voidaan oikeuttaa valtion näin voimakas puuttuminen ihmisten yksityiselämään ja onko sterilointi tai muun lääketieteellinen toimenpide tarpeellinen henkilön luokitteluksi jompaan kumpaan sukupuoleen.”⁴⁶

Kannanotosta voidaan painottaa sitä, että kaikki transsukupuoliset eivät halua tai voi vastaanottaa lääketieteellistä sukupuolenkorjaushoitoa. Transsukupuolisuus on kokemuksenvarainen asia, eikä henkilön halua muokata kehoaan pidä pitää osoituksena transsukupuolisuuden eli sukupuoli-identiteetin kokemuksen 'todellisuudesta'.

Kansallisesti on kiinnitetty huomiota ihmisoikeuksien-, perusoikeuksien- ja tasa-arvolainvastaisuuden⁴⁷ lisäksi siihen, että translain esitöissä lisääntymiskyvyttömyysvaatimukselle esitetyt perustelut ovat riittämättömiä. Ainoana perusteluna vaatimukselle on lain esitöissä mainittu, että muuten nainen voisi siittää tai mies synnyttää. Tasa-arvovaltuutettu, valtakunnallinen sosiaali- ja terveysalan eettinen neuvottelukunta ETENE sekä sosiaali- ja terveysministeriön asettama työryhmä ovat tulkinneet tätä siten, että tarkoituksena on ollut estää epätavanomaisten isä–äiti-asetelmien syntyminen eli vaalia perinteistä perhemallia⁴⁸. Lisäksi tasa-arvovaltuutetun selvityksessä viitattiin siihen, että translaki ei todennäköisesti olisi saanut riittävää kannatusta eduskunnassa ilman steriloinnin vaatimista⁴⁹. Tarkastelen kysymystä käsitellessäni hyväksyttävän rajoitusperusteen ongelmaa jaksossa 4.3.

46 *Euroopan neuvoston ihmisoikeusvaltuutettu* 2009, s. 8.

47 Esim. tasa-arvovaltuutettu on antanut lausuman tapauksista, joissa hedelmöityshoitoja antavat yksiköt ovat kieltäytyneet säilömästä sukupuolenkorjausprosessissa olevien henkilöiden sukusoluja viitaten translaissa edellytettyyn lisääntymiskyvyttömyyteen. Translain vaatimukselle on näin omaksuttu joissakin hedelmöityshoitoja antavissa yksiköissä laajennettu tulkinta, joka on tasa-arvolain vastainen. Tasa-arvovaltuutetun lausunto *TAS 297/13*.

48 *Tasa-arvovaltuutettu* 2012, s. 19; *ETENE* 2014, s. 2; *sosiaali- ja terveysministeriö* 2015, s. 15.

49 *Tasa-arvovaltuutettu* 2012, s. 19.

Transasiat eivät eroa muista perusoikeusasioista. Kun puhutaan lisääntymiskyvyttömyydestä, ei puhuta siitä, mitä transihmisiltä voidaan vaatia, vaan siitä, mitä ihmisiltä voidaan vaatia. Nykypäivänä lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen on ihmisoikeusloukkaus. Voita isiinko ulkomaan komennukselle lähteviltä vaatia lisääntymiskyvyttömyyttä siksi, että heidän ei haluta siirtävän tai synnyttävän lapsia komennuksella ollessaan, koska tämä voisi vaarantaa ulkomaan komennuksen parhaan toteutumisen? Voita isiinko tietyn ikäisiltä henkilöiltä vaatia lisääntymiskyvyttömyyttä siksi, että ei olisi lapsen edun mukaista, että hänen vanhempansa olisi kovin nuori tai kovin vanha? Transsukupuolisten lisääntymiskykykysymys eroaa muiden henkilöiden lisääntymiskykykysymyksestä vain siksi, että heiltä on katsottu hyväksyttäväksi vaatia lisääntymiskyvyttömyyttä.

2 Translainsäädäntö ja oikeuskäytäntö

Transoikeuksien kannalta keskeisimpiä oikeuslähteitä Suomessa ovat perustuslaki, kansainväliset ihmisoikeussopimukset, tasa-arvolaki, translaki ja transasetus sekä näihin liittyvä oikeuskäytäntö. Lisäksi merkityksellisiä oikeuslähteitä ovat lakien esityöt sekä erilaisten virallisten ihmisoikeustoimijoiden ohjeelliset kannanotot ja muut vastaavat suositukset ja selvitykset. Lisääntymiskyvyttömyysvaatimukseen kytkeytyviä perus- ja ihmisoikeuksia tarkastelen seuraavassa luvussa. Tässä vaiheessa on kuitenkin syytä hahmotella translain, transasetuksen ja lisääntymiskyvyttömyysvaatimukseen liittyvän oikeuskäytännön kokonaiskuvaa. Koska Suomesta ei ole lisääntymiskyvyttömyyden vaatimiseen liittyen tuomioistuintasoisista oikeuskäytäntöä,⁵⁰ tarkastelu rajoittuu tältä osin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöön.⁵¹

Translain säätämisen taustalla oli muun muassa EIT:n oikeuskäytäntö, jonka mukaan transsukupuolisten henkilöiden yksityiselämän kunnioitus vaatii, että heillä on mahdollisuus vahvistuttaa sukupuolensa identiteettinsä mukaiseksi ja saada sukupuoli-identiteettiään vastaavat henkilöllisyystodistukset⁵². Transsukupuoliset joutuvat arjessaan, työelämässään ja muissa tilanteissa, joissa he joutuvat antamaan henkilötunnuksensa tai muutoin paljastamaan transsukupuolisuutensa, säännöllisesti syrjinnän ja muiden oikeudenloukkauksien kohteeksi, pahimmillaan väkivallan uhreiksi, myös Suomessa⁵³. Siksi valtiolla on positiivinen velvoite tunnustaa sukupuoli-identiteettiä vastaava sukupuoli. EIT:n linjaus sukupuolen vahvistamista koskien on asteittain tiukentunut, sillä ihmisoikeustuomioistuin tulkitsee ihmisoikeussopimusta dynaamisesti ja evolutiivisesti niin, että se huomioi olosuhteiden ja asenneilmaston muutokset jäsenvaltioissa. Vedenjakajatapauksena on pidetty ratkaisua *Goodwin vs. Yhdistynyt kuningaskunta*, joka annettiin vasta translain säätämisen jälkeen. Tapauksessa EIT totesi:

50 On mahdollista, että aiheesta on hallinto-oikeuksien ratkaisuja, joiden viitetietojakaan ei ole julkaistu Edilex- tai Finlex-tietokannoissa. Kuitenkaan esimerkiksi asiaa hyvin tuntevilla transjärjestöillä ei ole tällaisista tietoa, joten en ole pitänyt tämän tutkielman tutkimusotteen kannalta tarkoituksenmukaisena tehdä aineistopyyntöjä kaikkiin hallinto-oikeuksiin asian selvittämiseksi.

51 Aiemmin Lääkintöhallitus on voinut vaatia raskaudenkeskeytyksen ehtona, että henkilö samalla steriloidaan. Säännöstä, jonka nojalla nainen on voitu raskaudenkeskeytyksen yhteydessä steriloida ilman hänen tai hänen laillisen edustajansa suostumusta, ei ole sovellettu vuoden 1973 jälkeen (*HE 207/2000 vp*, s. 4). Lisäksi säännös kumottiin vuonna 2001 voimaan tulleella lailla 329/2001. Siksi nämä tapaukset eivät ole informatiivisia nyt käsiteltävän kysymyksen kannalta.

52 *HE 56/2001 vp*, s. 8–10.

53 *FRA 2014*, s. 56, 65, 81–82.

”2000-luvulla transseksuaalien [*sic*] oikeutta henkilökohtaiseen kasvuun ja täyteen fyysiseen ja moraaliseen turvallisuuteen, siten kuin muut yhteiskunnassa näitä nauttivat, ei voida pitää kiistanalaisena asiana, joka vaatii ajan kulumista selkiytyäkseen. Lyhyesti sanottuna, se epätydyttävä tilanne, että leikkauksen läpikäyneet transseksuaalit elävät välitilassa, eivät ihan kummassakaan sukupuolessa, ei ole enää kestävä.”⁵⁴

Ratkaisun taustalla oli lisääntynyt ymmärrys transsukupuolisuudesta sekä yhteiskunnallinen asennemuutos, jonka myötä transsukupuolisten oikeudet Euroopan neuvoston valtioissa ovat laajentuneet. Nykyään sama koskee myös transsukupuolisia, jotka eivät ole saaneet kirurgista hoitoa. Tämä voidaan lukea ratkaisusta *A.P. ym.*, jota käsittelem tarkemmin alla. Tapauksessa ihmisoikeustuomioistuin totesi, ettei sukupuolen vahvistamisen ehtona voi edellyttää hoitoa, joka hyvin suurella todennäköisyydellä johtaa lisääntymiskyvyttömyyteen. Oikeus sukupuolen vahvistamiseen ei siten koske vain sukuelinkirurgian läpikäyneitä transsukupuolisia.

2.1 Translaki ja transasetus

Laki transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta eli translaki on vuodelta 2002 ja se tuli voimaan 1.1.2003. Nimikettään lukuun ottamatta laki ei mainitse termiä transseksuaali tai transsukupuolinen, vaan käyttää ilmaisua henkilö, joka ”pysyvästi kokee kuuluvansa vastakkaiseen sukupuoleen kuin mihin hänet on väestötietojärjestelmään merkitty”.⁵⁵ Laki rakentuu siten sukupuolijärjestelmän dikotomian varaan: notorisesti ainoina mahdollisina sukupuolina pidetty nainen ja mies esitetään toistensa vastakohtina.

Sukupuolen vahvistamista haetaan maistraatista kirjallisella hakemuksella (3 §), joka on hakijan itsensä allekirjoitettava. Päätökseen saa vaatia tavanomaiseen hallinnolliseen tapaan oikaisua. Oikaisuvaatimukseen annetusta päätöksestä saa valittaa hallinto-oikeuteen ja, jos hakija saa valitusluvan, korkeimpaan hallinto-oikeuteen hallintovalituksella (4 §).

Lain 1 §:ssä luetellaan sukupuolen vahvistamisen edellytykset. Henkilön on oltava täysi-ikäinen ja hänen on oltava Suomen kansalainen tai hänellä on oltava asuinpaikka Suomessa. Jos henkilö on rekisteröidyssä parisuhteessa, hänen puolisonsa on annettava

⁵⁴ *Goodwin vs. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 90.

⁵⁵ Lain nimi muutettiin eduskuntakäsittelyssä. Hallituksen esittämä nimi olisi ollut laki sukupuolen vahvistamisesta eräissä tapauksissa, mutta lakivaliokunta ehdotti nimen täsmentämistä laiksi transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta ja sosiaali- ja terveysvaliokunta yhtyi tähän näkemykseen.

kirjallinen suostumus rekisteröidyn parisuhteen muuttumiseen avioliitoksi⁵⁶. Tämän tutkimuksen kannalta tärkein edellytys koskee 1 kohdassa tarkoitettua lääkärinlausuntoa: kohdan mukaan henkilön on esitettävä lääketieteellinen selvitys siitä, että ”hän pysyvästi kokee kuuluvansa vastakkaiseen sukupuoleen ja että hän elää tämän mukaisessa sukupuoli-roolissa sekä siitä, että hänet on steriloitu tai että hän muusta syystä on lisääntymiskyvytön”.

Lain nojalla annetussa STM:n asetuksessa säädetään tarkemmin lääketieteellisestä selvityksestä sekä sukupuolen muuttamiseen tähtäävän lääketieteellisen tutkimuksen ja hoidon järjestämisestä. Tutkimus ja hoito on keskitetty kahteen erikoistuneeseen yksikköön: Helsingin yliopistollisen keskussairaalan ja Tampereen yliopistollisen sairaalan sukupuoli-identiteetin tutkimuspoliklinikoille (2 §). Henkilön tutkii ja hänen hoitonsa suunnittelee moniammatillinen työryhmä (3 §). Työryhmän psykiatrian erikoislääkäri antaa translain 1 §:ssä tarkoitetun lausunnon, ja tämän lausunnon varmistaa toinen psykiatrian erikoislääkäri, jonka on tavattava potilas henkilökohtaisesti. Kummankin erikoislääkärin selvityksestä tulee yksiselitteisesti käydä ilmi, täyttyvätkö kaikki sukupuolen vahvistamisen lääketieteelliset edellytykset (6 §).

Kun henkilön sukupuoli on vahvistettu, hänen sukupuolenaan on pidettävä vahvistettua sukupuolta muuta lainsäädäntöä sovellettaessa (translain 5 §). Sukupuolen vahvistamisella ei kuitenkaan ole takautuvia vaikutuksia.

2.2 EIT:n oikeuskäytäntö

Transsukupuolisia koskevista EIT:n ratkaisuista valtaosa on koskenut sukelinkirurgian läpikäyneen oikeutta ylipäättään saada valitsemansa sukupuoli tunnustettua oikeusjärjestelmässä.⁵⁷ Niiden myötä EIT on velvoittanut jäsenvaltiot luomaan järjestelmä, jossa transsukupuolisten sukupuoli-identiteetti voidaan tunnustaa juridisesti. Oikeus sukupuoli-identiteetin tunnustamiseen kuuluu EIS 8 artiklassa turvatun oikeuden yksityiselämän kunnioitukseen alaan. Kyseiset tapaukset vaikuttivat myös translain säätämisen taustalla.

⁵⁶ Ennen avioliittolain uudistamista puolison suostumus avioliiton muuttumiseen rekisteröidyksi parisuhteeksi tarvittiin, kun henkilö oli avioliitossa.

⁵⁷ *Rees vs. Yhdistynyt kuningaskunta*; *Cossey vs. Yhdistynyt kuningaskunta*; *B. vs. Ranska*; *Sheffield & Horsham vs. Yhdistynyt kuningaskunta*; *Goodwin vs. Yhdistynyt kuningaskunta*; *Grant vs. Yhdistynyt kuningaskunta*; *L. vs. Liettua*.

Transsukupuolisten oikeuksia on toisinaan käsitelty valtion negatiivisen, toisinaan valtion positiivisen velvoitteen näkökulmasta. Negatiivinen velvoite tarkoittaa, että valtion on pidättäydyttävä kajoamasta sen oikeuden käyttöön, jota velvoite suojaa. Kielto koskee siis valtion aktiivisia toimia, jotka loukkaavat ihmisoikeuksia. Positiivinen velvoite sen sijaan tarkoittaa, että valtion on edistettävä jonkin ihmisoikeuden täysimääräistä toteutumista. Näin kielletään valtion passiivisuus tilanteessa, jossa ihmisoikeuden toteutuminen on uhattuna.⁵⁸

Negatiivisiin velvoitteisiin liittyy tiukempia rajoitusehtoja, jotka ilmenevät ihmisoikeussopimuksen sanamuodosta. Esimerkiksi yksityiselämän suojaan puuttumisen on oltava laissa määrätty, välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa ja toteuttava hyväksyttävää, ihmisoikeussopimuksessa mainittua päämäärää (EIS 8 artikla). Rajoitus on välttämätön, jos sille on pakottava yhteiskunnallinen tarve, se on asianmukaisessa suhteessa hyväksyttävään tarkoitukseen ja rajoituksen perustelut ovat olennaisia ja riittäviä. Oikeasuhtaisuutta arvioidaan vertaamalla ihmisoikeuden loukkauksen laatua ja voimakkuutta hyväksyttävän päämäärän tärkeyteen sekä siihen, voitaisiinko päämäärä saavuttaa jollain toisella, ihmisoikeuksiin vähemmän puuttuvalla tavalla.⁵⁹

Positiivisten velvoitteiden mukaisia oikeuksia voidaan rajoittaa, jos rajoitus turvaa jotain hyväksyttävää julkista intressiä ja on oikeudenmukaisessa tasapainossa tähän intressiin nähden. Oikeudenmukaista tasapainoa arvioidaan suhteuttamalla yksilön ihmisoikeusintressin tärkeys ja rajoituksen voimakkuus yleisen intressin tärkeyteen, valtion harkintamarginaaliin, oikeusvaltiolliseen laillisuusperiaatteeseen sekä muiden jäsenvaltioiden käytäntöihin. Tätä kutsutaan intressipunninnaksi. Tosiasiassa intressipunnintaan sisältyy ”aino annos salaperäisyyttä”⁶⁰.

Sekä positiivisten että negatiivisten velvoitteiden loukkauksia tarkastellessa valtioilla on lähtökohtaisesti tietty harkintamarginaali⁶¹. Harkintamarginaaliin vaikuttavat laajentavasti se, ettei Euroopan valtioiden kesken vallitse konsensusta käsillä olevan julkisen ja yksityisen intressin tärkeydestä ja niiden suojaamiskeinoista, sekä se, että asiaan liittyy

58 Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 628.

59 Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 910; esim. *Y.Y. vs. Turkki*, kohta 100.

60 Akandji-Kombe 2007, s. 19–20.

61 Lukuun ottamatta ehdottomia kieltoja, kuten 3 artiklaa, jonka käsittävissä tapauksissa harkintamarginaalia ei ole lainkaan.

arkaluontoisia moraalisia tai eettisiä kysymyksiä. Harkintamarginaalia kaventavat se, että kyseinen valtio ei seuraa asiassa vallitsevaa eurooppalaista konsensusta, sekä se, että kyseessä on henkilön olemassaolon tai identiteetin kannalta erityisen tärkeä seikka.⁶² Jäsenvaltioiden käytännöt, yleisen intressin tärkeys, rajoitetun ihmisoikeuden tärkeys ja rajoituksen voimakkuus saavat kaksinkertaisen painoarvon: ne vaikuttavat sekä harkintamarginaalin laajuuteen että tasapainottamisen oikeudenmukaisuuteen.

Sukupuoli-identiteetti sekä fyysinen koskemattomuus sisältyvät ihmisoikeustuomioistuimen mukaan henkilön yksityiselämän kunnioituksen alaan, jota suojaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artikla:

Jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta.

Viranomaiset eivät saa puuttua tämän oikeuden käyttämiseen, paitsi kun laki sen sallii ja se on välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa kansallisen ja yleisen turvallisuuden tai maan taloudellisen hyvinvoinnin vuoksi, tai epäjärjestyksen tai rikollisuuden estämiseksi, terveyden tai moraalin suojaamiseksi, tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaamiseksi.

Lisäksi fyysistä koskemattomuutta suojaa ihmisoikeussopimuksen 3 artikla, jonka kiellot ovat ehdottomia:

Ketään ei saa kiduttaa, eikä kohdella tai rangaista epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla.

2.2.1 Transsukupuolisten lisääntymiskyvyttömyyteen liittyvät oikeustapaukset

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ottanut kantaa lisääntymiskyvyttömyyden vaatimiseen transsukupuoliselta tapauksissa *Y.Y. vs. Turkki* sekä *A.P. ym. vs. Ranska*.

Tapauksessa *Y.Y.* oli kyse siitä, onko ihmisoikeussopimuksen mukaista edellyttää henkilön olevan lisääntymiskyvytön ennen kuin hän saa sukupuolenkorjaukseen liittyviä hoitoja. Hakija oli transsukupuolinen mies, joka vaati pääsyä sukupuolenkorjausleikkaukseen. Leikkaus evättiin, koska hän oli lisääntymiskykyinen ja Turkin lainsäädännössä

62 *A.P., Garçon ja Nicot vs. Ranska*, kohta 121.

edellytettiin lisääntymiskyvyttömyyttä ennen leikkaukseen pääsyä. Toisaalta Turkin lainsäädäntö ei mahdollistanut hakijalle pääsyä steriloiivaan hoitoon. Lainsäädäntö aiheutti näin noidankehän, josta Y.Y.:llä ei ollut ulospääsyä. Valitus tutkittiin 8 artiklan negatiivisten velvoitteiden näkökulmasta, koska valtion kieltäytyminen suomasta Y.Y.:lle leikkausta merkitsi puuttumista Y.Y.:n oikeuteen yksityiselämänsä kunnioitukseen. Tämä tarkoitti sitä, että lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen oli täytettävä 8.2 artiklan edellytykset: sen oli perustuttava lakiin, sillä oli oltava oikeutettu päämäärä ja sen oli oltava välttämätöntä demokraattisessa yhteiskunnassa.⁶³

Y.Y.:n tapauksessa valtio ei perustellut riittävällä tavalla sterilointivaatimuksen välttämättömyyttä. Itse asiassa valtio esitti vain hyvin yleisluontoisia perusteluja sille, miksi peruuttamattomalle sukupuolenkorjausleikkaukselle tuli asettaa joitain lääketieteellisiä edellytyksiä (kuten transsukupuolisuuden diagnoosivaatimus), perustelematta mitenkään, miksi vaadittiin juuri lisääntymiskyvyttömyyttä tai miten se turvasi korjausleikkaukseen hakeutuvan intressejä.⁶⁴ Siksi tuomioistuin totesi varsin hämmentyneen oloisesti: ”[Tuomioistuin] ei näe, miksi henkilöiden, jotka haluavat sukupuolenkorjausleikkaukseen, pitäisi todistaa olevansa lisääntymiskyvyttömiä jo ennen kuin fyysiseen sukupuolen muutosprosessiin voidaan ryhtyä” ja ”Tuomioistuimen näkemys on, että tämä vaatimus [lisääntymiskyvyttömyydestä] on täysin tarpeeton niiden perusteluiden kontekstissa, jotka valtio on esittänyt sukupuolenkorjausleikkauksen sääntelyn oikeutuksena.”⁶⁵ Tuomion kohta 119 on myös huomionarvoinen: ”Joka tapauksessa tuomioistuin ei pidä tarpeellisena ratkaista kysymystä mahdollisesta pääsystä lääketieteelliseen hoitoon, joka mahdollistaisi hakijalle tämän [lisääntymiskyvyttömyyden] vaatimuksen täyttämisen, koska tuomioistuin harkitsee, että hakijan fyysisen koskemattomuuden kunnioitus estää velvoittamasta häntä alistumaan tällaiseen hoitoon.” Tämä kannanotto sisältää ajatuksen, että lisääntymiskyvyttömyysvaatimus itsessään voi olla ihmisoikeussopimuksen vastainen vaatimus, vaikka se ei tosiasiallisesti estäisi henkilöä pääsemästä sukupuolenkorjausleikkaukseen.

Tapauksessa *A.P. ym.* oli kyse lisääntymiskyvyttömyyden edellyttämisestä juridisen sukupuolen vahvistamisprosessissa. Tuomioistuin hyväksyi hakijoiden väitteen, että lakiin

63 *Y.Y. vs. Turkki*, kohdat 66–67.

64 *Y.Y. vs. Turkki*, kohdat 88–99.

65 *Y.Y. vs. Turkki*, kohdat 116, 121.

kirjattu vaatimus ”ulkomuodon peruuttamattomasta muutoksesta” tarkoitti käytännössä, että sukupuolen vahvistamisen edellytyksenä oli sterilisoiva kirurgia tai sellainen hoito, joka luonteensa ja intensiteettinsä takia erittäin todennäköisesti johtaa lisääntymiskyvyttömyyteen.⁶⁶

Tuomioistuin ratkaisi asian 8 artiklan positiivisten velvoitteiden näkökulmasta ja totesi, että valtion harkintamarginaali on tässä kysymyksessä kapea. Laajan harkintamarginaalin puolesta tosin puhui se, että asiaan liittyi arkaluonteisia moraalisia tai eettisiä kysymyksiä, ja se, ettei Euroopan neuvoston jäsenvaltioiden välillä vallitse konsensusta lisääntymiskyvyttömyyden vaatimuksesta sukupuolen vahvistamisesta. Itse asiassa hakemushetkellä vain 16 valtiossa lisääntymiskyvyttömyyttä ei vaadittu. 24 valtiossa lisääntymiskyvyttömyyttä vaadittiin ja 7 jäsenvaltiossa sukupuolen vahvistaminen ei ollut lainkaan mahdollista.⁶⁷ Toisaalta kehityssuunta oli, että sterilointivaatimuksista luovuttiin, ja näin kävi myös Ranskassa ja Norjassa ihmisoikeustuomioistuimessa olleen oikeusprosessin aikana. Useat eurooppalaiset ja kansainväliset instituutiot samoin kuin Ranskan kansallinen ihmisoikeuskomissio olivat todenneet, että sterilointivaatimuksesta tulisi luopua ihmisoikeuksia rikkovana.⁶⁸ Lisäksi kyse oli henkilön identiteetin, jopa olemassaolon, kannalta olennaisista asioista: henkilökohtaisesta koskemattomuudesta sekä sukupuoli-identiteetistä. Sukupuoli-identiteetti ja itsensä kehittäminen ovat perustavanlaatuinen osa yksityiselämän suojaa, jonka taustalla vaikuttaa henkilön itsemääräämis-oikeus. Punnittuaan näitä eri suuntiin meneviä argumentteja EIT kallistui kapean harkintamarginaalin kannalle.⁶⁹

Ranska oli esittänyt suojattuina julkisina intresseinä henkilöllisyyden muuttumattomuuden periaatteen, oikeusvarmuuden periaatteen sekä henkilöllisyyden yhdenmukaisuuden ja luotettavuuden periaatteen⁷⁰ ja nämä olivat sinänsä legitiimejä julkisia intressejä. Kuitenkin hakijoiden kannalta oli kyse lääketieteellisestä hoidosta, joka kajosi fyysiseen

66 *A.P., Garçon ja Nicot vs. Ranska*, kohdat 104, 116–120.

67 *A.P., Garçon ja Nicot vs. Ranska*, kohta 71.

68 *A.P., Garçon ja Nicot vs. Ranska*, kohdat 63–65, 73–81. EIT viittasi osaan niistä kannanotoista, joihin viitattiin alaviitteessä 3.

69 *A.P., Garçon ja Nicot vs. Ranska*, kohta 123.

70 Ratkaisussa käytetty ilmaisu *état civil* kääntyy sananmukaisesti siviilisäädiksi. Ranskalaiseen *état civil*een sisältyy kuitenkin mm. nimi, syntymäaika, siviilisääty (naimaton, naimisissa, jne.), perhesuhteet ja kuolinpäivä. *Actes d'état civil* tarkoittavat syntymätodistusta, vihkitodistusta tai kuolintodistusta, jotka toimivat Ranskassa myös henkilöllisyystodistuksina. Siksi olen pitänyt tarkoituksenmukaisempana kääntää *état civil*en henkilöllisyydeksi.

koskemattomuuteen. Lääketieteelliseen hoitoon suostumista ei voida pitää todellisena, kun suostumatta jättäminen johtaa siihen, ettei henkilö voi toteuttaa oikeuttaan sukupuoli-identiteettiin. Kun sukupuolen vahvistamisen ehdoksi on asetettu steriloiva hoito, transsukupuolinen henkilö joutuu luopumaan 3 ja 8 artiklan mukaisesta oikeudestaan fyysiseen koskemattomuuteen voidakseen nauttia täysimääräisesti 8 artiklan turvaamasta oikeudesta yksityiselämän suojaan. Ranska asetti siis transsukupuoliset ratkaisemattoman dilemman eteen: heidän piti luopua joko fyysisestä koskemattomuudestaan tai sukupuoli-identiteettinsä toteuttamisesta.⁷¹ Näin tehdessään Ranska ei ollut ylläpitänyt oikeudenmukaista tasapainoa julkisten ja yksityisten intressien välillä vaatiessaan sterilointia ehtona sukupuolen vahvistamiselle. Ranska oli rikkonut 8 artiklaa laiminlyömällä positiivisen velvoitteen varmistaa hakijoiden oikeus yksityiselämän suojaan.

Ratkaisut *Y.Y.* sekä *A.P. ym.* muodostavat johdonmukaisen kokonaisuuden. Molemmissa tapauksissa valtio vaati lisääntymiskyvyttömyyttä, jotta transsukupuolinen pääsisi ilmentämään, joko fyysisesti tai juridisesti, sitä sukupuolta, joka vastasi hänen identiteettiään. Molemmissa tapauksissa transsukupuoliset hakijat olivat ratkaisemattoman dilemman edessä: *Y.Y.*:n tapauksessa hänellä ei ollut mitään laillista pääsyä leikkaukseen, joka olisi helpottanut hänen sukupuolidysforiaansa. *A.P.*:n, *Garçonin* ja *Nicot'n* tapauksessa heidän oli valittava fyysisen koskemattomuutensa ja sukupuoli-identiteettinsä juridisen tunnustamisen välillä. Molemmissa tapauksissa lisääntymiskyvyttömyysvaatimus itsessään oli ihmisoikeuksien näkökulmasta ongelmallinen, sen sijaan että sitä olisi pidettävä vain ongelmallisena välivaiheena tai edellytyksenä perimmäisiin oikeuksiin (sukupuoli-identiteetin ilmentämiseen) pääsemisessä. Kummassakin tapauksessa valtion ilmoittamat intressit olivat sellaisia, ettei niillä voitu oikeuttaa niinkin radikaalia puuttumista henkilön yksityiselämän suojaan kuin steriloinnin vaatimista.

2.2.2 Tahdonvastaiseen sterilointiin liittyvät oikeustapaukset

Ihmisoikeustuomioistuin on romaninaisia koskevissa tapauksissa *V.C. vs. Slovakia*, *N.B. vs. Slovakia* sekä *I.G., M.K. ja R.H. vs. Slovakia* todennut olevan 3 artiklan vastaista kohtelua, kun naiset on synnytyksen yhteydessä steriloitu ilman pätevää suostumusta⁷². Slovakia oli myös laiminlyönyt 8 artiklasta johtuvan positiivisen velvoitteen turvata naisten yksityis-

⁷¹ *A.P., Garçon ja Nicot vs. Ranska*, kohdat 128–132.

⁷² Ks. myös *G.B. ja R.B. vs. Moldovan tasavalta*.

ja perhe-elämän suoja huolehtimalla riittävästä oikeusturvasta naisten lisääntymis-terveydelle.⁷³ Tapaukset antavat johtoa transsukupuolisten lisääntymiskyvyttömyys-vaatimuksen arviointiin halventavana kohteluna.

Tapauksessa *V.C.* hakijalle oli useiden tuntien kuluttua synnytyksen alkamisesta kerrottu, että kolmas raskaus vaarantaisi hänen tai lapsen hengen, ja häntä oli pyydetty allekirjoittamaan suostumus sterilointiin. Nainen oli steriloitu heti keisarinleikkauksen jälkeen.⁷⁴ Tapauksessa *N.B.* hakijan allekirjoitus oli pyydetty rauhoittavien lääkkeiden antamisen jälkeen ja ilman, että hänelle oli kerrottu, mitä hän oli allekirjoittamassa. Hänelle oli sanottu, että hän kuolisi, jos ei allekirjoittaisi papereita.⁷⁵ Tapauksessa *I.G. ym.* *I.G.*:n allekirjoitus oli pyydetty vasta synnytyksen ja steriloinnin jälkeisenä aamuna ja hänelle oli sanottu, että allekirjoituksen tarve johtui keisarinleikkauksesta. Hän oli steriloinnin aikaan 16-vuotias ja sai tiedon lisääntymiskyvyttömyydestään vasta kolme vuotta myöhemmin.⁷⁶ Steriloinnin aikaan 17-vuotias *M.K.* väitti, ettei häneltä tai hänen vanhemmiltaan kysytty suostumusta, vaan heille kerrottiin steriloinnista suullisesti vasta jälkeenpäin. Rikostutkinnassa ilmeni ”Pyyntö steriloinnista” -otsikoitu asiakirja, joka sisälsi *M.K.*:n allekirjoituksen.⁷⁷

Ihmisoikeustuomioistuin totesi steriloinnin muodostavan merkittävän kajoamisen henkilön lisääntymisterveyteen. Sterilointi vaikuttaa henkilökohtaiseen koskemattomuuteen muun muassa henkilön fyysisen ja psyykkisen hyvinvoinnin, perhe-elämän sekä emotionaalisen ja hengellisen elämän kautta. Mieleltään toimintakykyinen aikuinen saadaan steriloida vain oikeisiin tietoihin perustuvan suostumuksen perusteella, ellei sairaanhoidollinen hätätila vaadi toimenpiteen suorittamista heti. Aikuisella on siten oikeus tehdä myös terveytensä kannalta haitallisia päätöksiä, joten toimenpiteen lääketieteelliselle tarpeelle ei voi antaa ratkaisevaa merkitystä.⁷⁸

73 *V.C. vs. Slovakia*, kohdat 154–155; *N.B. vs. Slovakia*, kohdat 98–99; *I.G., M.K. ja R.H. vs. Slovakia*, kohdat 145–146.

74 *V.C. vs. Slovakia*, kohdat 14–15, 117.

75 *N.B. vs. Slovakia*, kohdat 9–10, 76.

76 *I.G., M.K. ja R.H. vs. Slovakia*, kohdat 12–16.

77 *I.G., M.K. ja R.H. vs. Slovakia*, kohdat 19–20. *R.H.* oli kuollut jo kansallisen oikeusprosessin aikana, joten EIT ei käsitellyt hänen valitustaan. *R.H.*:n allekirjoitus oli pyydetty rauhoittavien lääkkeiden antamisen jälkeen, ilman, että hän oli ymmärtänyt, mitä oli allekirjoittamassa.

78 *V.C. vs. Slovakia*, kohdat 106–110; *N.B. vs. Slovakia*, kohdat 71–74; *I.G., M.K. ja R.H. vs. Slovakia*, kohdat 116–119, 122.

Yhdenkään naisen kohdalla ei ollut kyse sairaanhoidollisesta hätätilanteesta, sillä riski heidän terveydelleen olisi aktualisoitunut vasta seuraavan raskauden yhteydessä. Raskauden ehkäisyyn olisi ollut tarjolla vähemmän radikaaleja vaihtoehtoja, joita naisille ei tarjottu. Merkitystä annettiin myös sille, että kyse oli haavoittuvaan vähemmistöön kuuluvien naisten lisääntymisterveydestä. Tapa, jolla V.C.:n ja N.B.:n steriloinnit toteutettiin ja jolla niihin pyydettiin suostumus, herätti naisissa pelkoa, tuskaa ja alemmuudentunnetta ja aiheutti heille fyysisiä, psyykkisiä ja sosiaalisia ongelmia. Kuullessaan steriloinnistaan vasta sen tapahduttua I.G. ja M.K. olivat alttiita tuntemaan itsensä halvennetuiksi ja nöyryytetyiksi. Siksi naisten saama kohtelu ei noudattanut ihmisarvon ja henkilökohtaisen vapauden kunnioituksen vaatimusta ja ylitti 3 artiklan asettaman vakavuuskynnyksen.⁷⁹ Ihmisoikeustuomioistuin ei eritellyt, oliko naisten kohtelu katsottava epäinhimilliseksi vai halventavaksi vai molemmiksi. I.G.:n ja M.K.:n tapauksessa tuomioistuin määritteli perusteluissaan vain halventavan kohtelun. V.C.:n ja N.B.:n tapauksessa vaikuttaa siltä, että tuomioistuin totesi kohtelun sekä epäinhimilliseksi että halventavaksi.⁸⁰

79 *V.C. vs. Slovakia*, kohdat 112–114, 118, 146; *N.B. vs. Slovakia*, kohdat 74, 78, 80; *I.G., M.K. ja R.H. vs. Slovakia*, kohdat 122–126.

80 *V.C. vs. Slovakia*, kohta 104; *N.B. vs. Slovakia*, kohta 80; *I.G., M.K. ja R.H. vs. Slovakia*, kohta 121.

3 Translaki ja perusoikeudet

Perusoikeuksilla on merkitystä kaikessa julkisen vallan käytössä, mutta tämän tutkielman kannalta suurin relevanssi on kahdella kysymyksellä: miten translain lisääntymiskyvyttömyysvaatimusta olisi arvioitava perusoikeuksien rajoitusedellytysten kannalta sekä ylittyisikö perustuslain etusijasäännöksen soveltamiskynnys. Ensimmäinen kysymys liittyy perustuslakivaliokunnan käytäntöön, toinen tuomioistuinikäytäntöön. Nykyisin jos hallituksen esittämään lakiin sisältyy perusoikeuksien kannalta ongelmallinen säännös, joka ei täytä perusoikeuksien rajoitusedellytyksiä, perustuslakivaliokunta pääsääntöisesti kehottaa korjaamaan ehdotetun lain sisältöä perustuslainmukaiseksi⁸¹.

Ensin on kuitenkin selvitettävä, mikä on niiden perusoikeuksien sisältö, joiden rajoituksesta puhutaan. Tässä suhteessa relevantteja ovat erityisesti PL 1 §:ssä turvattu ihmisarvon loukkaamattomuus, PL 7 §:ssä turvattu oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen sekä PL 7 §:n halventavan kohtelun kielto. PL 10 §:ssä turvattu yksityiselämän suoja on myös relevantti, sillä transsukupuolinen estyy käyttämästä täysimääräisesti PL 10 §:ssä turvattuja oikeuksiaan, jos hän ei suostu henkilökohtaisen koskemattomuutensa rajoitukseen.

3.1 Halventavan kohtelun kielto ja ihmisarvon loukkaamattomuus

PL 1 §:n mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet. PL 7 § 2 momentin mukaan ketään ei saa tuomita kuolemaan, kiduttaa eikä muutoinkaan kohdella ihmisarvoa loukkaavasti. Ihmisarvo on siten perustuslainme kulmakivi, joka vaikuttaa myös muiden perusoikeussäännösten tulkintaan⁸². Ihmisarvon vastaisen kohtelun kielto sisältää sekä fyysisen että henkisen puolen⁸³. Rikosoikeuden puolella on katsottu, että ihmisarvon loukkaamattomuus edellyttää rikosoikeudelliselta järjestelmältä humanisuutta, mikä mahdollistaa liian pitkälle menevien kriminalisointien arvostelemisen. Humanisuutta voidaan ajatella kärsimyksen minimointina.⁸⁴ Ajatusta voidaan soveltaa myös muuhun oikeusjärjestelmään: oikeusvaltiossa kaiken lainsäätämisen ja lainkäytön tulee perustua humanisuuden periaatteeseen.

81 *Viljanen* 1999, s. 967.

82 *HE 309/1993 vp*, s. 42.

83 *HE 1/1998 vp*, s. 73.

84 *Melander* 2002, s. 944.

Hallituksen esityksen mukaan PL 7 § 2 momentin kiellot vastaavat kansainvälisten ihmisoikeussopimusten määräyksiä kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun ja rangaistuksen kielloista⁸⁵. Esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 3 artiklaan sisältyvät vastaavat kiellot ovat ehdottomia, eli niistä ei sallita mitään poikkeuksia. Sen takia 3 artiklan ja sitä kautta PL 7 § 2 momentin soveltuvuus transsukupuolisten lisääntymiskyvyttömyyden vaatimiseen on syytä tutkia ensin. Tarkastelu on rajattu halventavan kohtelun kieltoon, koska se tarjoaa *prima facie* transsukupuolisten tapaukseen parhaiten soveltuvan määritelmän⁸⁶.

Kysymystä kohtelun halventavuudesta on vaikeaa ratkaista ilman konkreettista tapausta. Kuhunkin yksittäistapaukseen voi liittyä piirteitä, jotka vaikuttavat siihen, ylittääkö kohtelu 3 artiklan asettaman vakavuuskynnyksen. Kysymys kiteytyykin tässä vaiheessa siihen, onko lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen jo itsessään perustuslain tarkoittamalla tavalla ihmisarvoa loukkaavaa kohtelua ja ihmisoikeussopimuksen tarkoittamaa halventavaa kohtelua.

3.1.1 Halventavan kohtelun luonne

Halventava kohtelu ”nöyryyttää tai halventaa yksilöä, osoittaa kunnioituksen puutetta tai vähentää tämän ihmisarvoa tai aiheuttaa pelon, hädän tai alemmuuden tunteita, jotka pystyvät murtamaan yksilön moraalisen tai fyysisen vastustuksen”. Pelkkä nöyryytys- tai halventamistarkoituksen puuttuminen ei osoita, ettei kyseessä olisi halventava kohtelu.⁸⁷ Tätä määritelmää ei kuitenkaan ole pidettävä tyhjentävänä, sillä se on kehittynyt EIT:n käytännössä tiettyjä tapauksia silmällä pitäen.

Tapauksia *Y.Y. ja A.P. ym.* ei tutkittu 3 artiklan näkökulmasta, koska 3 artiklaan ei pätevästi vedottu lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen osalta⁸⁸. Romaninaisten sterilointitapaukset

85 HE 309/1993 vp, s. 47–48.

86 Epäinhimillinen kohtelu on määritelty menettelyksi, ”joka on ennalta harkittua, tuntien ajan yhtämittaisesti kestävä tahallista ja tarkoituksellista kaltoinkohtelua, josta aiheutuu ruumiinvamma tai voimakasta fyysistä ja henkistä kärsimystä” *Hirvelä – Heikkilä* 2017, s. 136. Transsukupuolisten lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksesta *in abstracto* puuttuu tarkoitus kohdella sukupuoltaan vahvistuttavaa henkilöä kaltoin. Sinänsä yksittäinen lääkäri voi tietysti kohdella transsukupuolista henkilöä epäinhimillisesti.

87 *Svinarenko ja Slyadnev vs. Venäjä*, kohdat 114–115.

88 A.P. vetosi 3 artiklan halventavan kohtelun kieltoon vastustaessaan sterilointivaatimusta sekä lääketieteellistä tutkimusta transsukupuolisuuden ”todellisuuden” tai ”aitouden” toteamiseksi. Sterilointivaatimuksen osalta hän ei ollut käyttänyt loppuun kansallisia oikeussuojakeinoja, joten

antavat siksi parempaa johtoa lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen arvioimiseksi epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kieltojen kannalta. Tapaukset eivät ole samantlaiset, joten on mahdoton sanoa varmasti, mihin lopputulokseen ihmisoikeustuomioistuin olisi päätenyt, jos se olisi arvioinut transsukupuolisten tapauksia 3 artiklan valossa. Y.Y.:n tapaus eroaa muista siinä, että Y.Y. piti ongelmana sitä, että hän ei päässyt sterilointitoimenpiteeseen. Romaninaisten sterilointi oli laitonta kansallisenkin oikeuden valossa, kun taas A.P.:n, Garçonin ja Nicot'n lisääntymiskyvyttömyyttä kansallinen laki nimenomaan edellytti. Transsukupuolisten kohtelu ei ollut sellaista, ettei heillä olisi ollut aikaa pohtia päätöstään, ja he tiesivät etukäteen esimerkiksi vaikutusten pysyvyydestä.

Toisaalta yhteneväisyyksiäkin on. Pysyvä lisääntymiskyvyttömyys ei ollut välttämätön yhdenkään hakijan tai muun henkilön hengen tai terveyden turvaamiseksi. Transsukupuolisia estettiin pääsemästä muihin oikeuksiinsa ennen kuin he olivat lisääntymiskyvyttömiä, jolloin sekä suostuminen että suostumatta jättäminen olivat huonoja vaihtoehtoja. Romaninaisista V.C. tiesi, että oli antamassa suostumusta sterilointiin, ja häntä peloteltiin kuoleamalla, jos hän ei allekirjoittaisi suostumusasiakirjaa. Valintatilanne ei siten ollut aito.⁸⁹ Lisäksi transsukupuolisten sterilointi on syrjivää, kuten romaninaistenkin sterilointi. Kyse on molempien kohdalla haavoittuvasta ryhmästä, johon kohdistuu ennakkoluuloa ja vihamielisyyttäkin. Lisääntymiskyvystä luopuminen on poikkeuksellinen toimenpide, johon suurin osa väestöstä ei turvaudu edes ehkäisykeinona. Siihen pakottamisesta, joko laittomasti painostamalla tai edellyttämällä sitä lailla, kärsivät vain tietyt ryhmät. Vammaiset henkilöt, romaninaiset, transsukupuoliset ja seksuaalirikolliset ovat ainoita ryhmiä Euroopassa, joita steriloidaan pakolla tai painostuksen alaisina.⁹⁰ Suomessa vain transsukupuoliset ovat tällainen ryhmä⁹¹.

Tekotapansa takia romaninaisten sterilointi oli selvästi moitittavampaa kuin lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen transsukupuolisilta. Suomessa transsukupuoliset kokevat ongelmalliseksi muun muassa sen, että hoitoon pääseminen on hidasta, sen sijaan, että

ihmisoikeustuomioistuin jätti kysymyksen tutkimatta. Lääketieteellisen tutkimuksen osalta tuomioistuin jätti kysymyksen muuten vain tutkimatta 3 artiklan valossa. Tarkemmin ks. *Piha* 2018.

89 Lisää suostumuksen aitoudesta jäljempänä jaksossa 4.2.

90 *EN:n parlamentaarinen kokous* 2013, kohta 4.

91 Myös vammaisen tai mieleltään pysyvästi sairas henkilö voidaan steriloida ilman hänen omaa suostumustaan, laillisen edustajan hakemuksesta, jos painavat syyt puoltavat toimenpidettä. Tällainen toimenpide on kuitenkin äärimmäisen harvinainen, toisin kuin transsukupuolisten steriloinnin vaatiminen, joka on säännönmukainen. Ks. sterilointilain 2 §.

hoitoja toteutettaisiin heidän tietämättään tai uhkaamalla kuolemanvaaralla. Polikliininen tutkimusjakso kestää yleensä vähintään puoli vuotta, ennen kuin henkilö saa edes diagnoosin⁹². Tekotapojen erilaisuus ei kuitenkaan poista sitä, että transsukupuoliset kokevat sukupuolen vahvistamisprosessin lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksineen nöyryyttävänä.

Lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen viestittää, että transsukupuoliset eivät ole soveltuvia vanhemmiksi. Yhteiskunta pitää tärkeämpänä perinteisten isä–äiti-asetelmien vaalimista kuin transsukupuolisten henkilökohtaista koskemattomuutta. Lisäksi transsukupuoliset ovat ainoa ryhmä, joiden oikeutta määrätä fyysisestä koskemattomuudestaan ja oikeutta perustaa perhe pidetään toisarvoisena suhteessa konservatiivisiin perhearvoihin ja muun väestön mahdollisesti kokemaan 'yök-vaikuttimeen'⁹³. Erityisesti valtion virallisena kantana tällainen viesti epäilemättä aiheuttaa alemmuuden ja nöyryytyksen tunteita. Se myös osoittaa kunnioituksen puutetta henkilön ihmisarvoa kohtaan. Luonteeltaan lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen on siten halventavaa kohtelua.

3.1.2 Halventavan kohtelun vakavuus

3 artiklan alaan kuuluvan kohtelun pitää ylittää tietty vakavuuskynnys. Kohtelusta aiheutuvan kärsimyksen tai nöyryytyksen on oltava voimakkaampaa kuin oikeutetusta kohtelusta väistämättä aiheutuva kärsimys tai nöyryytys.⁹⁴ Viranomaistoiminnassa on erityinen velvollisuus kohdella henkilöä kunnioittavasti, varsinkin jos henkilö on vapautensa menettäneenä. Esimerkiksi kaikki viranomaisen voimakeinojen käyttö, joka ei ole täysin välttämätöntä, alentaa inhimillistä arvokkuutta. Esimerkiksi viranomaisen määräämät rangaistuksenluonteiset menettelyt, jotka eivät ole perusteltavissa esimerkiksi turvallisuuskäsitteillä, ovat halventavaa kohtelua. Rasistinen motiivi on katsottu ankaroittavaksi seikaksi, jolloin sinänsä 3 artiklan soveltamisalan ulkopuolelle jäävä kohtelu on kuitenkin katsottu halventavaksi, kun sen taustalla on ollut rasistisia ennakkoluuloja.⁹⁵ Koska transsukupuolisten lisääntymiskyvyttömyyden aiheuttaminen on valtion määräämää kohtelua ja sen suorittaa valtion palveluksessa oleva lääkäri, on

92 Mattila – Tinkanen 2015, s. 363.

93 ”Yök-vaikutin” oli EIT:n tuomareiden Sajó, Keller ja Lemmens käyttämä termi transsukupuolisiin kohdistuvasta ennakkoluulosta ja stigmasta. Tapaus *Hämäläinen vs. Suomi*, tuomareiden Sajó, Keller ja Lemmens yhteinen eriävä mielipide, kohta 13. Suomennos on Marjo Rantalalta (*Rantala* 2016). Ks. myös jäljempänä jakso 4.3.

94 *Svinarenko ja Slyadnev vs. Venäjä*, kohta 116.

95 *Hirvelä – Heikkilä* 2017, s. 139, 141.

perusteltua soveltaa siihen ankarampaa vaatimusta ihmisarvon kunnioittamisesta. Tällöin vakavuuskynnys on alempi kuin jos kyse olisi puhtaasti yksityisten välisestä asiasta.⁹⁶

Halventavan kohtelun kynnys on ylittynyt esimerkiksi tapauksessa *Elberte vs. Latvia*, jossa hakijalle oli aiheutunut henkistä kärsimystä siksi, että hänen kuolleelta aviomieheltään oli ilman vaimon suostumusta ja hänelle ilmoittamatta poistettu kudosta kudossiirtoa varten. Lisäksi hakija oli joutunut hautaamaan miehensä jalat toisiinsa sidottuina. Viranomais-tutkinta kudoksen poistamisen lainmukaisuudesta kesti viisi vuotta, kunnes tapaus vanheni. Tänä aikana hakija oli elänyt epätietoisuuden vallassa siitä, mitä hänen aviomiehelleen oli tehty kuoleman jälkeen, mitä kudosta oli poistettu, mitä tarkoitusta varten kudosta oli poistettu ja miksi mies oli haudattu jalat yhteen sidottuina. Viranomaisten toiminta oli ollut riittämätöntä ja lain antama suoja puutteellinen, mikä oli kasvattanut hakijan kärsimystä. Vaikka alkuperäinen ihmisoikeuksia loukkaava toiminta oli kohdistunut hakijan aviomiehen ruumiiseen, hakijalle aiheutunut kärsimys ylitti 3 artiklan vakavuus-kynnyksen.⁹⁷

Vakavuuden arvioinnissa huomiota voidaan kiinnittää siis seuraaviin näkökohtiin: onko kyse valtion yksilöön kohdistamasta kohtelusta vai valtion velvollisuudesta turvata ihmisarvon kunnioitus yksityisten välisissä suhteissa, millaista kärsimystä tai nöyryytystä kohtelusta on aiheutunut, kuinka pitkäkestoista kohtelu tai sen vaikutukset ovat olleet ja mitkä ovat olleet kohtelun motiivit. Lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen transsukupuolisilta näyttäytyä edellä esitetyn valossa vähintään yhtä vakavalta halventavalta kohtelulta kuin hakijalle aiheutunut kärsimys tapauksessa *Elberte vs. Latvia*. Kyse on valtion yksilöön kohdistamasta vaatimuksesta, jonka vaikutuksia on pidettävä pysyvinä. Sterilointia edeltää pitkä tutkimusjakso ja myös itse hoidot tai niiden jälkiseuranta kestävät pitkään. Lisäksi kohtelun motiivina on valtaväestön transsukupuolisia kohtaan tuntema ennakkoluulo. Sterilointivaatimus juontuu viime kädessä pelosta, että transsukupuoliset aiheuttavat yhteiskunnassa 'kummallisuuksia'.⁹⁸ Tällaista motiivia on pidettävä yhtä moitittavana kuin rasistista motiivia. Lisäksi transihmisten asiaa ajavat järjestöt ovat useasti viitanneet transsukupuolisten tuntemaan nöyryytykseen ja heidän kokemaansa

⁹⁶ Jos kyse on yksityisen henkilön toiseen kohdistamasta halventavasta kohtelusta, valtiolle syntyy prosessuaalinen velvollisuus tutkia asia ja rangaista väärintekijää. EIT:n toimivalta ulottuu yksityisten väliseen suhteeseen tällaisen valtion velvollisuuden kautta.

⁹⁷ *Elberte vs. Latvia*, kohdat 135–143.

⁹⁸ Tarkemmin ks. jakso 4.3.

syrjintään, joka johtuu sukupuolen vahvistamiselle asetetuista lääketieteellisistä vaatimuksista, mukaan luettuna lisääntymiskyvyttömyysvaatimus.⁹⁹ Siksi lisääntymiskyvyttömyyden vaatimista transsukupuolisilta on pidettävä 3 artiklan alaan kuuluvana, vakavuuskynnyksen ylittävänä halventavana kohteluna.

3 artiklan kiellot ovat ehdottomia, eli niistä ei sallita mitään poikkeuksia. Koska PL 7 § 2 momentti palautuu kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin, myös tämän säännöksen kieltoja on pidettävä ehdottomina. Siten ihmisarvoa loukkaavaa kohtelua ei voi oikeuttaa yleisten tai erityistenkään rajoitusedellytysten täyttämisen kautta. Tätä vasten rajoitusedellytysten täyttymisen analyysiin ei oikeastaan olisi tarvetta. Koska vakavuuskynnyksen ylittymisestä ei kuitenkaan ole auktoritatiivista oikeudellista kannanottoa, tarkastelen kysymystä seuraavaksi myös muiden perustuslain perusoikeussäännösten ja näiden rajoitusedellytysten valossa.

3.2 Ihmisarvon loukkaamattomuus ja oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen

PL 7 § 1 momentin mukaan jokaisella on oikeus henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja vapauteen ja 3 momentin mukaan henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ei saa puuttua eikä vapautta riistää mielivaltaisesti eikä ilman laissa säädettyä perustetta. PL 7 § toteuttaa olennaisesti PL 1 §:ssä turvattua ihmisarvon loukkaamattomuutta¹⁰⁰. Säännös koskee erityisesti fyysistä koskemattomuutta, ja perusoikeusuudistuksen esitöissä todettiin sen suojaavan muun muassa henkilöön käypiä tarkastuksia ja pakolla toteutettavia lääketieteellisiä tai vastaavia toimenpiteitä vastaan. Jo ennen ihmisarvon loukkaamattomuuden lisäämistä perustuslakiin henkilökohtainen koskemattomuus suojasi ”sellaiselta ihmisarvoa loukkaavalta kohtelulta, joka toteutetaan puuttumalla henkilön fyysiseen olemukseen ilman hänen suostumustaan”. Henkilökohtaiseen koskemattomuuteen puuttumisen edellytyksiä on arvioitava erityisesti säännöksessä mainitun mielivallan kiellon kautta ja lailla säätämisen edellytyksen valossa.¹⁰¹ Lisäksi puuttumisen on täytettävä muut perusoikeuksien rajoitusedellytykset.

⁹⁹ Amnesty International 2014, s. 43–44.

¹⁰⁰ Pellonpää 2011, s. 281.

¹⁰¹ HE 309/1993 vp, s. 46–48.

Kysymys henkilökohtaisen koskemattomuuden suojaamisesta on noussut esiin lainvalmisteluaineistossa yleensä silloin, kun puuttuminen toteutetaan pakolla tai muun henkilön kuin toimenpiteen kohteen suostumuksella. Esimerkkeinä voidaan mainita säädökset laillisen edustajan hakemuksesta tehdystä steriloinnista, tahdonvastaisesta lääketieteellisestä hoidosta tai henkilöntarkastuksista, henkilönkatsastuksista ja muista vastaavista pakkokeinoista.¹⁰² Suostumukseen perustuvaa puuttumista henkilökohtaiseen koskemattomuuteen on käsitelty säädettäessä muun muassa ulkomaalaislain mukaisen DNA-näytteen ottamisesta, vainajan elinluovutuksesta ja seksuaalirikollisten vapaaehtoisesta lääkehoidosta¹⁰³. Vainajan elinluovutusta ja sterilointia lukuun ottamatta kyse on ollut sellaisista puuttumisista henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, joiden vaikutukset ovat tilapäisiä. Jo esimerkiksi verikokeen ottaminen, vaikka henkilön suostumuksellakin, merkitsee puuttumista henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, joten verikokeen tarve ja oikeutus on perusteltava¹⁰⁴. Tähän nähden lienee riidatonta, että steriloinnissa on kyse pitkälle menevästä puuttumisesta transsukupuolisen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen.

3.3 Yksityiselämän suoja

PL 10 §:n mukaan jokaisen yksityiselämä on turvattu. Lähtökohtana on, että ihmisellä on oikeus elää elämäänsä ilman ulkopuolisten tahojen, kuten viranomaisten, mielivaltaista tai aiheetonta puuttumista hänen yksityiselämäänsä. Vaikka yksityiselämän piirin tarkka määrittäminen on vaikeaa, kuuluu siihen muun muassa yksilön oikeus vapaasti solmia ja ylläpitää suhteita muihin ihmisiin sekä oikeus määrätä itsestään ja ruumiistaan. Siten sillä on kytkös myös henkilökohtaiseen koskemattomuuteen.¹⁰⁵

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen mukaan EIS 8 artiklan mukainen yksityiselämä on laaja käsite, jota ei voi tyhjentävästi määritellä. Sen taustalla vaikuttaa itsemääräämisoikeus. Yksityiselämään kuuluu fyysisen ja moraalisen koskemattomuuden lisäksi ainakin fyysinen ja sosiaalinen identiteetti, kuten seksuaalinen suuntautuminen, sukupuoli-

102 HE 207/2000 vp, s. 3; StVM 4/2001 vp, s. 2; HE 199/2013 vp, s. 12; HE 222/2010 vp, s. 382.

103 HE 88/1999 vp, s. 4; HE 276/2009 vp, s. 12; HE 140/2012 vp, s. 49.

104 Esim. HE 88/1999 vp, s. 3–4. DNA-näyte perhesiteen selvittämiseksi saadaan ottaa henkilön suostumuksella vain silloin, kun luotettavaa näyttöä ei perhesiteestä muuten ole saatavilla. Ks. myös KKO 1999:50.

105 HE 309/1993 vp, s. 53.

identiteetti ja vapaus määrittää oma sukupuolen ilmaisunsa.¹⁰⁶ 8 artikla turvaa myös henkilökohtaista koskemattomuutta.

Yksityiselämän suurin merkitys nyt tarkasteltavan kysymyksen kannalta liittyy henkilön oikeuteen saada sukupuoli-identiteettinsä mukainen sukupuoli vahvistettua juridiseksi sukupuolekseen. Suomen perustuslain osalta tämä oikeus voidaan lukea sisältyväksi oikeuteen määrätä itsestään. Kuten edellä on todettu, myös EIT on velvoittanut jäsenvaltiot luomaan järjestelmä, jossa transsukupuolisten sukupuoli-identiteetti voidaan tunnustaa juridisesti. Tuomioistuimen käytäntöä voidaan pitää tältä osin hyvin vakiintuneena. Valtioiden harkintamarginaali sen suhteen, millaisia edellytyksiä ne voivat asettaa sukupuolen vahvistamiselle, on kapenemassa. Tästä kehityksestä kielii *A.P. ym.* -tapaus. Kuten jaksossa 2.2.1 totesin, *A.P. ym.* -ratkaisu kiteytyi siihen, että vaatimalla sterilointia Ranska esti transsukupuolisia käyttämästä täysimääräisesti oikeuttaan yksityiselämän kunnioitukseen, elleivät he luopuneet henkilökohtaisesta koskemattomuudestaan. Myös Suomen translain lisääntymiskyvyttömyysvaatimus tulee siksi yksityiselämän suojan vaikutuspiiriin.

106 *A.P., Garçon ja Nicot vs. Ranska*, kohdat 92–93, ja niissä viitattut tapaukset.

4 Transsukupuolisten perusoikeuksien rajoittaminen

Perusoikeudet eivät ole rajoittamattomia. Yksittäisiä perusoikeussäännöksiä lukuun ottamatta perusoikeudet eivät ole ”sitien ehdottomia, ettei niitä saisi missään olosuhteissa ja missään laajuudessa rajoittaa”¹⁰⁷. Perusoikeuden rajoittaminen tarkoittaa ”perusoikeussäännöksen soveltamisalan piirissä olevan oikeuden kaventamista tai perusoikeussäännöksen suojaamaan yksilön oikeusasemaan puuttumista julkisen vallan toimenpitein”. Tällöin perusoikeuden täysimääräinen käyttäminen estyy.¹⁰⁸

Erityisesti perustuslakivaliokunnan käytäntö on ollut tärkeää perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten muotoilemisessa. Valiokunta onkin kehittänyt listan perusoikeuksien yleisistä rajoitusedellytyksistä, joiden täyttymistä translain sterilointivaatimuksen kohdalla tarkastelen seuraavissa jaksoissa. Ilman nimenomaista lakivarausta tai rajoituslauseketta kirjoitettuja perusoikeuksia voidaan rajoittaa näiden yleisten oppien mukaisesti.¹⁰⁹ Jos perusoikeussäännös sisältää rajoituslausekkeen, perusoikeuden rajoituksen on täytettävä myös tämän rajoituslausekkeen asettamat vaatimukset. *Viljanen* on tiivistänyt perustuslakivaliokunnan esittämän, ei-tyhjentävän luettelon seuraavasti:

1. ”Lailla säätämisen vaatimus: Rajoitusten tulee perustua eduskuntalakiin.
2. Täsmällisyys ja tarkkarajaisuusvaatimus: Rajoitusten on oltava tarkkarajaisia ja riittävän täsmällisesti määriteltäviä.
3. Rajoitusperusteen hyväksyttävyyysvaatimus: Rajoitusperusteiden tulee olla perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttäviä, painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatimia.
4. Ydinalueen koskemattomuuden vaatimus: Tavallisella lailla ei voida säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta.
5. Suhteellisuusvaatimus: Rajoitusten tulee olla välttämättömiä tavoitteen saavuttamiseksi sekä laajuudeltaan oikeassa suhteessa perusoikeuksien suojaamaan oikeushyvään ja rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painoarvoon.

107 HE 309/93 vp, s. 29.

108 *Viljanen* 2014, s. 14.

109 *PeVM* 25/1994 vp, s. 4.

6. Oikeusturvavaatimus: Perusoikeutta rajoitettaessa on huolehdittava riittävistä oikeusturvajärjestelyistä.
7. Ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisen vaatimus: Rajoitukset eivät saa olla ristiriidassa Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden kanssa.”¹¹⁰

Rajoitusedellytykset muodostavat kokonaisuuden, jossa yhdenkin osatestin läpäisemättömyys merkitsee ristiriitaa perusoikeussäännöksen kanssa¹¹¹. Esimerkiksi hyväksyttävä päämäärä ei oikeuta poikkeamaan lailla säätämisen vaatimuksesta, vaikka puuttuminen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen olisi vähäistäkin. Tapauksessa KKO 1999:50 käräjäoikeus oli määrännyt kuolleen miehen oikeudenomistajat sakon uhalla antamaan verinäytteen isyyden selvittämistä varten. Koska laissa ei ollut säädetty, että isäksi epäillyn oikeudenomistajat voitaisiin velvoittaa verikokeeseen vastoin heidän tahtoaan, käräjäoikeuden määräys poistettiin, vaikka kyse olikin lapsen edusta ja siten hyväksyttävästä perusteesta rajoittaa henkilökohtaista koskemattomuutta.

PL 7 §:ssä kielletään mielivaltainen puuttuminen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja painotetaan lailla säätämisen vaatimusta. Säännöksen rajoituslausekkeella ei tosiasias-
sa liene lisämerkitystä yleisiin rajoitusedellytyksiin verrattuna, sillä yleisten rajoitusedellytysten luettelo sisältää lailla säätämisen vaatimuksen ja mielivallan kiello sisältynee ainakin enimmiltä osin täsmällisyys-, tarkkarajaisuus-, suhteellisuus- ja hyväksyttävyy-
svaatimuksiin. Kuitenkin näihin tulisi kiinnittää erityistä huomiota PL 7 § 3 momentin nimenomaisen maininnan takia. PL 10 § ei sisällä transsukupuolisen sterilointivaatimus-
kysymykseen sovellettavia rajoituslausekkeitä.

Myös Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöön sisältyy rajoitusedellytyksiä, jotka on otettava huomioon kansallisessa perusoikeus-
järjestelmässä: ihmisoikeustuomioistuimen soveltamat rajoitusedellytykset toimivat kansallisten edellytysten tulkintakriteerinä sen lisäksi, että kansainvälisten ihmisoikeus-
velvoitteiden noudattaminen on itsessään eräs rajoitusedellytys¹¹². Kuten yllä on todettu, kidutuksen sekä epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kiellot sisältävä 3 artikla on ehdoton eli sen piiriin kuuluvia oikeuksia ei voi rajoittaa missään olosuhteissa.

110 Viljanen 2014, s. 37–38; taustalla *PeVM* 25/1994 vp, s. 5.

111 Viljanen 2014, s. 61.

112 Lavapuro 1999, s. 443.

Yksityiselämää suojaavaan 8 artiklaan sen sijaan sisältyy rajoitusedellytyksiä: rajoituksesta on säädettävä laissa, sen on oltava välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa ja toteutettava jotakin ihmisoikeussopimuksessa luetteloiduista päämääristä: kansallinen ja yleinen turvallisuuden suojeleminen, maan taloudellisen hyvinvoinnin turvaaminen, epäjärjestyksen tai rikollisuuden estäminen, terveyden tai moraalien suojaaminen tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaaminen. Käsittelen näitä vaatimuksia sekä yksitellen kotimaisten rajoitusedellytysten tulkintakriteereinä että kokonaisuutena ihmisoikeusvelvoitteiden noudattamisen vaatimuksen alla.

4.1 Lailla säätäminen, täsmällisyys ja tarkkarajaisuus sekä riittävä oikeusturvajärjestely

Sterilointivaatimuksen osalta lailla säätämisen vaatimus, oikeusturvavaatimus sekä täsmällisyyden ja tarkkarajaisuuden vaatimus ovat ongelmattomia. Lisääntymiskyvyttömyyden edellyttämisestä on säädetty selväsanaisesti lain tasolla, translain 1 §:ssä. Toimivaltuudesta suorittaa sterilointi transsukupuolisuuden perusteella säädetään steriluolimislain 1, 4 ja 8 §:ssä. Täsmällisyys- ja tarkkarajaisuusvaatimuksella tarkoitetaan, että rajoituksen olennaisen sisällön eli sen edellytysten ja laajuuden on oltava selkeät ja sisällyttävä laintasoiseen säädökseen¹¹³. Siten kytkös lailla säätämisen vaatimukseen on selvä. Viljanen on kytkenyt täsmällisyyden ja tarkkarajaisuuden vaatimuksen myös suhteellisuusvaatimukseen, sillä perusoikeuksien rajoitukset on ”kohdennettava mahdollisimman tarkoin tosiasiallista rajoitustarvetta vastaaviksi”. Lisäksi hän kytkee vaatimuksen EIT:n vaatimukseen lain ennakoitavuudesta: jotta ihmisoikeuden rajoituksesta olisi ihmisoikeussopimuksen tarkoittamalla tavalla säädetty lailla, oikeussäännön on oltava riittävän tarkasti muotoiltu, että henkilö voi kohtuudella ennakoida tietystä käyttäytymisestä aiheutuvat oikeudelliset seuraamukset.¹¹⁴ Myös korkein hallinto-oikeus on kytkenyt täsmällisyyden ja tarkkarajaisuuden vaatimuksen lain soveltamisen ennakoitavuuteen, joskin se on arvioinnissaan ottanut huomioon myös lain esityöt lain olennaisen sisällön määrittäjänä¹¹⁵.

113 HE 309/1993 vp, s. 29–30; PeVM 25/1994 vp, s. 5.

114 Viljanen 2014, s. 116, 120.

115 KHO:2017:84, kohdassa 2.3.4.1.

Translain osalta oikeus rajoittaa henkilökohtaista koskemattomuutta syntyy, kun henkilö pysyvästi tuntee kuuluvansa vastakkaiseen sukupuoleen ja elää tämän sukupuolen mukaisessa roolissa (translain 1 §, steriloidimislain 1 §:n 7 kohta). Perusoikeusrajoituksen edellytyksistä ja laajuudesta on siten säädetty täsmällisesti ja tarkkarajaisesti: se rajoittuu tilanteisiin, joissa henkilö pysyvästi kokee kuuluvansa vastakkaiseen sukupuoleen ja hakee sterilointia tai suostuu steriloivaan hormoni- tai leikkaushoitoon. Lain sisältö on myös ennakoitavissa, koska sterilointi tai steriloiwa hoito vaatii henkilön suostumuksen. Myös rajoittamisen toimivaltuuksista on säädetty täsmällisesti: steriloinnin suorittaa laillistettu lääkäri tai se, jolle terveydenhuollon oikeusturvakeskus on myöntänyt luvan harjoittaa lääkärin ammattia (steriloidimislain 8 §) ja siitä päättää kaksi lääkäriä, joista toisen on oltava steriloinnin suorittava lääkäri (steriloidimislain 4 § 1 mom. 4 kohta ja 2 mom.).

Translain 4 §:ssä säädetään muutoksenhausta. Translain nojalla tehtyyn päätökseen, esimerkiksi hakemuksen hylkäämiseen lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen täyttymättä jäämisen takia, saa hakea muutosta tavanomaisessa hallintojärjestyksessä eli ensin hakemalla oikaisua maistraatilta, sen jälkeen hallintovalituksella hallinto-oikeuteen ja valitusluvasta riippuen hallintovalituksella korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Lisäksi oikeusturvasta huolehditaan sillä, että kahden lääkärin kieltäytyttyä steriloidimasta henkilöä transsukupuolisuuden nojalla, henkilö voi hakea sterilointiin lupaa terveydenhuollon oikeusturvakeskukselta (steriloidimislain 4 §:n 3 momentti).

4.2 Suostumuksen merkitys

Transsukupuolisten sterilointi on luonteeltaan sellainen lääketieteellinen puuttuminen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, jonka vaikutukset ovat peruuttamattomia. Siksi on erityisen tärkeää, että sterilointia varten saadaan henkilön täysi ja aito suostumus. Perustuslakivaliokunta on arvioinut aidon suostumuksen edellytyksiä useaan otteeseen. Myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ottanut kantaa kysymykseen.

Suostumuksen merkitystä käsitellään usein lailla säätämisen vaatimuksen yhteydessä, sillä suostumuksen edellyttämisen on toisinaan ajateltu vapauttavan lainsäätäjän lailla säätämisen vaatimuksesta sekä muiden rajoitusedellytysten täyttämisestä¹¹⁶. Lisääntymis-

116 Viljanen 2014, s. 107.

kyvyttömyysvaatimuksen arvioinnissa lailla säätämisen vaatimus on kuitenkin ongelmaton, mutta suostumuksen edellyttäminen ei automaattisesti menetä merkitystään lailla säätämisestä huolimatta. Siksi olen katsonut systemaattisesti järkevämmäksi erottaa suostumuksen merkityksen käsittelyn omaksi jaksokseen.

Suostumuksen mieltäminen oikeutusperusteena perusoikeuden kaventamiselle tavallisella lailla ei ole ongelmaton. Esimerkiksi Hidén on viitannut siihen, että ”perusoikeuksien suojan tulisi olla kaikille yhtenäinen ja yleensä riippumaton siitä, minkälaisiin kavennuksiin jotkut ihmiset ehkä ovat omassa elämäntilanteessaan valmiit mukautumaan”.¹¹⁷ Pelkästään transsukupuolisille asetettu lisääntymiskyvyttömyysvaatimus aiheuttaa selvästi epäyhtenäisen perusoikeussuojan. Transsukupuolisten perusoikeussuoja riippuu myös siitä, millaisiin kavennuksiin he ovat valmiit mukautumaan: sukupuolensa vahvistamiseksi osa on valmis luopumaan henkilökohtaisesta koskemattomuudestaan, osa ei ole tähän mukautumiseen valmis.

Itsemääräämisoikeudelle rakentuvaan perusoikeusjärjestelmään kuuluu ajatus, että henkilö voi itse päättää perusoikeuksiensa käyttämisestä ja myös niiden suojasta luopumisesta. Henkilökohtainen koskemattomuus ja yksityiselämän suoja ovat myös sellaisia perusoikeuksia, joiden on tarkoitus turvata henkilökohtaista autonomiaa.¹¹⁸ Minkälainen luopuminen tahansa ei kuitenkaan voi tulla kysymykseen, sillä perusoikeussuojan toteutumista ei voida jättää pelkästään asianomaisen suostumuksen varaan.¹¹⁹ Hyvin varauksellisesti voidaan suhtautua ainakin perusoikeuden pysyvään kavennukseen, sillä suostumus on voitava peruuttaa.¹²⁰ Lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen tarkoittaa transsukupuolisille hyvin todennäköisesti pysyvää perusoikeuden kavennusta. Toki pysyvä sterilointi on mahdollistettu myös muille henkilöille tietyissä olosuhteissa ja steriloinnin mahdollistamista ehkäisy tarkoituksessa on pidettävä tarkoituksenmukaisena, joten pelkkä steriloinnin pysyvyys ei aiheuta ratkaisematonta ristiriitaa säännöksen ja perusoikeussuojan välillä.

Pätevälle suostumukselle on asetettava riittävät vaatimukset. Esimerkiksi rikosoikeudessa oikeudenvastaisuuden poistavan suostumuksen on oltava vapaaehtoinen, etukäteinen,

117 Hidén 1999, s. 2.

118 Viljanen 2014, s. 108–109.

119 PeVL 4/2013 vp, s. 4.

120 Viljanen 2014, s. 108.

voimassa tekohetkellä ja riittävän täsmällinen. Lisäksi edellytetään, että suostumuksen antaja kykenee ymmärtämään suostumuksen merkityksen ja sisällön, ottaen huomioon hänen ikänsä, terveytensä ja loukkauksen vakavuus.¹²¹ Ulkomaalaislain 65 §:n mukaisen DNA-näytteen ottamiseen suostumisen yhteydessä Hidén on tiivistänyt pätevän suostumuksen edellytykset seuraavasti:

”Suostumuksen aitouteen voidaan liittää ainakin kahdenlaisia näkökohtia. Yhtäältä on kysymys siitä että ko. henkilö on antanut suostumuksen itse, toimenpiteen merkityksestä tietoisena ja yleensäkin riittävästi informoituna. Toisaalta on kysymys suostumukseen liittyvän valinnan vapaudesta. Jos valintatilanteessa ei ole reaalisesti ottaen muuta vaihtoehtoa tai jos vaihtoehtona on esim. jonkin lakiin perustuvan edun tai jopa perusoikeuden suojaan nauttivan edun menettäminen, ei suostumiselle juuri voida antaa merkitystä perusteena edes vähäisille perusoikeuden kavennuksille. -- Jos kohtuullisesti hyväksyttäviä vaihtoehtoja ei ole, ei suostumukselle muodollisesti rakentuva järjestely välttämättä juuri poikkea asiallisesti siitä, että laissa suoraan säädetään velvoite.”¹²²

Ongelmana voidaankin pitää transsukupuolisten täyden, aidon ja vapaan suostumuksen illusorisuutta, jota Euroopan ihmisoikeustuomioistuinkin käsitteli tapauksessa *A.P. ym.* Transsukupuolisten on valittava sukupuoli-identiteettinsä juridisen tunnustamisen ja lisääntymiskykynsä välillä.¹²³ Tilanne on verrannollinen ulkomaalaisiin, jotka antavat suostumuksensa DNA-kokeeseen perhesiteen selvittämiseksi. Todellisuudessa heidän oikeuteen pääsemisensä riippuu siitä, alistuvatko he kokeeseen. Samoin tilanne on verrannollinen seksuaalirikollisiin, jotka suostuvat seksuaaliviettiä vähentävään määräämiskäyttöön lääketoimenpiteeseen päästäkseen valvottuun koetapauteen. Suostumalla hoitoon he saavat itselleen merkittävän etuuden. Perustuslakivaliokunta on todennut, ettei vangin suostumusta tässä yhteydessä ”aina voida pitää täysin vapaaehtoisena”.¹²⁴ Perustuslakivaliokunta asetti sanansa sangen varovasti, sillä on vaikea kuvitella, etteikö mahdollisuus suurempaan vapauteen vaikuttaisi vangin päätöksentekoon. Perusoikeusrajoitusta ei perustuslakivaliokunnan mukaan tällaisessa tapauksessa voida perustaa yksinomaan asianomaisen suostumuksen varaan¹²⁵.

121 Hahto 2004, s. 247–248.

122 Hidén 1999, s. 2.

123 *A.P., Garçon ja Nicot vs. Ranska*, kohdat 128–132.

124 *PeVL 4/2013 vp*, s. 4.

125 *PeVL 4/2013 vp*, s. 4.

Olennaiset seikat transsukupuolisten tilanteessa ovat suostumuksen vapaaehtoisuuden ja peruuttamismahdollisuuden puuttuminen. Transsukupuolisen suostumusta sterilointiin ei voida pitää vapaaehtoisena, koska suostumatta jättäminen estää häntä pääsemästä muihin oikeuksiinsa. Lisäksi suostumusta ei tietyn hetken jälkeen voi peruuttaa, sillä steriloinnin vaikutus on pysyvä. Johtopäätöksenä voidaan todeta, että transsukupuolisen suostumus on valtiosääntöoikeudellisesti pätemätön eikä sille voida antaa kuin vähäinen merkitys arvioitaessa lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen perustuslainmukaisuutta. On myös huomattava, että valintatilanne aiheutuu lainsäädännön kelvottomuudesta: kyseessä ei ole todellinen perusoikeuksien konflikti, joka vaatisi toisen perusoikeuden syrjäyttämistä tai edes punnintaa näiden välillä¹²⁶.

4.3 Rajoitusperusteen hyväksyttävyys

Sekä rajoitusperusteen hyväksyttävyyksivaatimus että seuraavassa jaksossa käsiteltävä rajoituksen suhteellisuusvaatimus palautuvat ajatukseen oikeusjärjestyksen arvolatautuneisuudesta¹²⁷. Tätä ajatusta on kehitetty varsinkin rikosoikeuden puolella. Kun henkilön vapauteen tai omaisuuteen puututaan kriminalisoinnin keinoin, kriminalisoinnin taustalla on oltava oikeushyvä, jota suojellaan. Oikeushyvien määrittäminen ja niiden suojelun tasosta päättäminen on kuitenkin arvosidonnaista: ”oikeushyvien arvottaminen on aina suhteellista ja edellyttää tiettyä ennakkokäsitystä siitä, mitä tulisi suojella ja mikä on järjestelmän tarkoitus”. Rikosoikeudessa oikeushyvät palautuvat ainakin osittain tai välillisesti perusoikeuksiin.¹²⁸ Niitä siis on punnittava keskenään, kun päätetään jonkin toiminnan kriminalisoinnista.

Länsineva on esittänyt, että perusoikeudet ovat keskenään jännitteisessä suhteessa, sillä yksilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaaminen sekä yhteisön etujen suojaaminen voi johtaa joidenkin toisten yksilöiden oikeuksien rajoittamiseen¹²⁹. Perusoikeuksien punninnassa on siksi olemassa vaara, että perusoikeusrajoituksia aletaan laajasti legitimoida toisten perusoikeuksien suojaamisella ilman, että tähän on kuitenkaan riittäviä perusteita tai että vaihtoehtoisia keinoja turvata yksilöiden oikeuksia ja yhteisön etua

126 Ks. *Scheinin* 2012, s. 126–128.

127 *Saraviita* 1999, s. 60.

128 *Melander* 2002, s. 946–947.

129 *Länsineva* 1998, s. 113.

kartoitetaan¹³⁰. Kyse ei ole ainoastaan perusoikeusjärjestelmän sisäisestä jännitteestä, vaan myös perusoikeusjärjestelmän sisäisten ja tämän järjestelmän ulkopuolisten arvojen välillä on jännite. Mikäli demokraattisessa järjestelmässä perusoikeusjärjestelmän arvojen koetaan irtautuvan äänestäjien arvopohjasta tai järjestelmän ulkopuoliset arvot koetaan tärkeämmiksi kuin sen sisäiset arvot, voi paine perusoikeusjärjestelmän sisäisten arvojen sivuuttamiseen ulkoisten arvojen kustannuksella kasvaa korkeaksi. Tällaista ilmiötä on havaittavissa translain säätämisen yhteydessä, kuten jäljempänä esitän.

Saraviidan mukaan arvosidonaisuudesta johtuu, ettei perusoikeuden rajoitusperusteen hyväksyttävyyks ole ratkaistavissa oikeustieteen keinoin¹³¹. Viljasen mukaan kyse ei ole täysin yhteiskuntapoliittisesta päätöksenteosta. Perusoikeusrajoituksille saadaan oikeudellinen kontrolli tarkastelemalla, onko rajoitusperuste hyväksyttävä perusoikeusjärjestelmän muodostaman systemaattisen kokonaisuuden kannalta. Toki myös perusoikeusjärjestelmän muodostama arviointimittapuu on arvosidonnainen. Tällöin arvovalinnat on kuitenkin tehty jo etukäteen ja ne nauttivat eduskunnan määräenemmistön hyväksyntää, sen sijaan, että arvovalinnat tehtäisiin jokaisessa yksittäistapauksessa uudestaan.¹³²

Yllä sanottua voidaan soveltaa myös translain tapaukseen. Jos transsukupuolisille säädetään vaatimus lisääntymiskyvyttömyydestä, tällä henkilökohtaisen koskemattomuuden rajoituksella on oltava perusoikeusjärjestelmän valossa hyväksyttävä tarkoitus. Rikosoikeuden ulkopuolella hyväksyttävät oikeushyvät voivat olla jossain määrin laajempia kuin perusoikeuksien osoittama oikeushyvien piiri, sillä kriminalisointi on oikeusjärjestelmän järeimpiä työkaluja siihen liittyvän vapaudenmenetyshän takia. Rikosoikeuden ulkopuolellakin perusoikeuteen palautuvalla oikeushyvällä on kuitenkin suurempi painoarvo kuin oikeushyvällä, joka ei palaudu perusoikeuteen. Vastaavasti henkilön perusoikeudella on lähtökohtaisesti suurempi painoarvo kuin oikeushyvällä, joka ei palaudu perusoikeuteen.

130 *Viljanen* 2014, s. 132.

131 *Saraviita* 1999, s. 60. Saraviita ei kuitenkaan erittele, millä keinoin hyväksyttävyyks voidaan ratkaista tai ota kantaa siihen, onko kyseessä täysin poliittinen ja henkilökohtaiseen etiikkaan perustuva päätöksenteko.

132 *Viljanen* 2014, s. 126–127.

Perustuslakivaliokunta on lausunut hyväksyttävyyssvaatimuksesta seuraavaa:

”Rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttäviä. Rajoittamisen tulee olla painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima. Hyväksyttävyyden arvioinnissa merkitystä voi olla esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaavanlaista oikeutta koskevilla määräyksillä, ainakin siltä osin kuin niihin sisältyy tyhjentävä luettelo ihmisoikeuksien hyväksyttävistä rajoitusperusteista. Perusoikeussäännöksiä on perusteltua tulkita yhdenmukaisesti ihmisoikeuksien kanssa niin, että vain ihmisoikeussopimuksen asianomaisen sopimusmääräyksen mukaan hyväksyttävät rajoitusperusteet voivat olla vastaavan perusoikeussäännöksen sallittuja rajoitusperusteita.”¹³³

Rajoitusperusteen on oltava hyväksyttävä. Sen on ilmentävä laista tai sen esitöistä, sen on oltava täsmällinen, ja sillä on oltava konkreettinen liityntä ehdotettuun sääntelyyn¹³⁴. Tärkeimpänä edellytyksenä voidaan pitää sitä, että rajoitus on painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima. Lisäksi rajoitusperusteen on oltava kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden mukainen.

Translain esitöiden nojalla lainsäätäjän tarkoittama rajoitusperuste jää tulkinnanvaraiseksi. Esitöiden ainoa perustelu lisääntymiskyvyttömyyden vaatimiselle on nimittäin: ”muussa tapauksessa saattaisi syntyä tilanteita, joissa henkilö, jonka sukupuoli on vahvistettu naiseksi, siittäisi lapsen tai henkilö, jonka sukupuoli on vahvistettu mieheksi, tulisi raskaaksi”¹³⁵. On vaikea mieltää itsenäiseksi oikeushyväksi se, ettei nainen voisi siittää tai mies tulla raskaaksi ja synnyttää. Pikemminkin tällaisen vaatimuksen asettamisella vaalitaan jotain toista oikeushyvä.

Tasa-arvovaltuutettu, ETENE sekä STM:n työryhmä ovat tulkinneet, että tarkoituksena on ollut estää epätavanomaisten isä-äiti-asetelmien syntyminen eli vaalia perinteistä perhemallia. Rantala on kiteyttänyt hallituksen ajatuksen siihen, että ”muussa tapauksessa miehet voisivat synnyttää” (ja naiset siittää)¹³⁶. Perinteisen perhemallin vaalimisella olisikin hyvin konkreettinen liityntä steriloinnin edellyttämiseen ja tässä suhteessa rajoitusperuste täyttäisi sille asetetut vaatimukset. STM:n työryhmä kiinnitti kuitenkin huomiota siihen, että transsukupuolisella voi olla ennestään lapsia, eikä sukupuolen

133 *PeVM 25/1994 vp*, s. 5.

134 *Viljanen 2014*, s. 135, 186–187.

135 *HE 56/2001 vp*, s. 13.

136 *Rantala 2016*, s. 24.

vahvistaminen muuttaisi tätä. Lisäksi työryhmä ennakoi tilannetta, jossa sukupuolensa vahvistuttanut henkilö saa biologisia lapsia lopetettuaan hormonihoidon.¹³⁷ Molemmissa tapauksissa päädytään samaan lopputilanteeseen, jossa lapsen synnyttänyt henkilö on mies tai hänet siittänyt henkilö on nainen.¹³⁸ Huhtikuun 4. päivänä 2018 Suomessa uutisoitiinkin lapsen synnyttäneestä miehestä. Hän on tietävästi Suomessa ensimmäinen mies, joka on synnyttänyt. Mies oli vahvistuttanut sukupuolensa jo vuonna 2015, mutta oli vuonna 2017 keskeyttänyt hormonihoidon ja hänen lisääntymiskykynsä oli palautunut.¹³⁹

Näiden tilanteiden estäminen ei ollut lapsus lainsäätäjältä. Hallituksen esityksessä nimittäin selostettiin lääkintöhallituksen jo 1980-luvun lopulla muotoilemaa, paljon kritisoitua säädösehdotusta, jonka mukaan sukupuoltaan vahvistuttavalta olisi edellytetty lapsettomuutta. Lainsäätäjä on siten tietoisesti halunnut jättää transsukupuolisille mahdollisuuden hankkia lapsia ainakin ennen sukupuolen vahvistamista. Tämä herättää kysymyksen siitä, onko lainsäätäjän tarkoituksena todella ollut estää epätavanomaiset isä–äiti-asetelmat.

Voidaan siis spekuloida muitakin mahdollisia perusteita. Synnyttävä mies ja siittävä nainen voisivat nimittäin aiheuttaa valtion rekisterijärjestelmille hankalia tilanteita tai johtaa vaikeuksiin muuta lainsäädäntöä sovellettaessa. Esimerkiksi yllä mainitulle synnyttävälle miehelle oli pitänyt antaa väliaikainen naisen henkilötunnus, sillä terveydenhuollon tietojärjestelmät eivät tunnistaneet raskaana olevaa miestä. EIT:n oikeuskäytännöstä käy ilmi, etteivät muulle lainsäädännölle tai rekisterijärjestelmille aiheutuvat hankaluudet oikeuta perus- tai ihmisoikeuden rajoittamista, jos nämä hankaluudet eivät ole ylitsepääsemättömiä¹⁴⁰. Synnyttäneen miehen tapaus osoittaa, ettei sterilointivaatimuksen poistaminen ei aiheuttaisi ylitsepääsemättömiä ongelmia Suomen rekisterijärjestelmille. Kansaneläkelaitos oli myös valmis järjestämään vanhemmuuteen liittyvän sosiaaliturvan tarkoituksenmukaisella tavalla¹⁴¹. Lähtökohtana onkin oltava lainsäädännön muokkaaminen siten, että ongelmat ratkeavat.

137 *Sosiaali- ja terveysministeriö 2015*, s. 15.

138 Lisäksi transsukupuoliset voivat saada biologisia lapsia säilöttyjen siittiöiden tai munasolujen avulla.

139 *Yle Uutiset*, 7.10.2017; *Yle Uutiset*, 4.4.2018.

140 *Goodwin*, kohta 91: ”Tuomioistuimien ei aliarvioi niitä hankaluuksia tai tärkeitä seurauksia, joita mikä tahansa suuri järjestelmän muutos aiheuttaa, ei ainoastaan syntymien rekisteröinnissä, mutta myös tietoihin pääsyssä, perheoikeudessa, perintöoikeudessa, rikosoikeudessa, työelämässä, sosiaaliturvajärjestelmässä sekä vakuutusjärjestelmässä. Kuitenkin monialaisen työryhmän selvityksestä käy selväksi, etteivät nämä hankaluudet ole ylitsepääsemättömiä --”

141 *Helsingin Sanomat* 2017.

Tapauksessa *A.P. ym.* valtio vetosi suojattavina julkisina intresseinä oikeusvarmuuden sekä henkilöllisyyden muuttumattomuuden, yhdenmukaisuuden ja luotettavuuden periaatteisiin. Ongelmallista on, että Ranskan hallitus ei kuitenkaan täsmentänyt näiden periaatteiden sisältöä tai tarkentanut, miten lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen niitä suojasi.¹⁴² Lisäksi voidaan todeta, ettei EIT hyväksynyt hallituksen esittämiä julkisia intressejä riittäviksi, joten on tarpeetonta spekuloida, onko myös Suomi tarkoittanut suojella tällaisia oikeushyviä.

Tasa-arvovaltuutetun selvityksessä viitattiin siihen, että lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen taustalla oli myös ”pyrkimys tarpeelliseksi katsotun lain nopeaan aikaansaamiseen”¹⁴³. Arvion mukaan translaki ei siis todennäköisesti muuten olisi saanut riittävää kannatusta arvokonservatiivisessa eduskunnassa. Tälle ei todennäköisesti olisi ollut mitään rationaalista perustetta, vaan ajatus synnyttävästä miehestä tai siittävästä naisesta olisi ollut kansanedustajien enemmistölle vastenmielistä.¹⁴⁴ Kyse on siis tilanteesta, jossa kansanedustajien oma, perustuslain ulkopuolisiin arvoihin perustuva arvopohja olisi saattanut estää translain säätämisen, jos laissa ei olisi edellytetty lisääntymiskyvyttömyyttä. Samaan aikaan kyse oli kuitenkin tilanteesta, jossa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien oli jo todennut, että transsukupuolisilla on oltava oikeus vahvistuttaa sukupuolensa identiteettinsä mukaiseksi. Translain säätäminen ilmentää hyvin konkreettisella tavalla perusoikeusjärjestelmän jännitettä järjestelmän ulkopuolisten arvojen kanssa: laki oli saatava aikaiseksi, vaikka sitten jotakin toista perusoikeutta rajoittamalla.

Yllä on esitetty neljä vaihtoehtoista rajoitusperustetta, joita lainsäätäjä on voinut tarkoittaa. Näistä kaksi on Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella hylätty jo alkuunsa: rekisterijärjestelmille ja muulle lainsäädännölle aiheutuvat hankaluudet sekä oikeusvarmuuden ja henkilöllisyyden muuttumattomuuden, yhdenmukaisuuden ja luotettavuuden periaatteet. Jäljelle jäävät perinteisen perhemallin vaaliminen ja valtaväestön mahdollisesti tuntemaan vastenmielisyyden vähentäminen, joiden hyväksyttävyyttä tarkastelen seuraavaksi.

¹⁴² Piha 2018, s. 92.

¹⁴³ Tasa-arvovaltuutettu 2012, s. 19.

¹⁴⁴ Taustalla vaikuttaa EIT:n tuomarien tulkinnan mukaan 'yök'-vaikutin. Ks. av. 93.

Rajoituksen on oltava painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima eli sen taustalla on oltava tärkeä suojeltava oikeushyvä. Viljasen mukaan silloin, kun rajoitusperuste ei palaudu perustuslain säännöksiin, siltä on perusteltua edellyttää erityistä painavuutta, koska rajoitusperuste ei saa institutionaalista tukea perustuslaista¹⁴⁵. Perinteisen perhemallin suojaamisen ei voida katsoa palautuvan perustuslain säännöksiin, sillä perhe-elämän suoja koskee kaikenlaisia perheitä, ei vain 'perinteisiä' perheitä¹⁴⁶. Siten transsukupuolisten lisääntymiskyvyttömyydellä ei suojella toisten henkilöiden perhe-elämää vaan muiden ihmisten käsitystä siitä, millaisia perheiden pitäisi olla.¹⁴⁷ Myös vastenmielisyyden vähentämistä voidaan pitää moraaliperusteena. Kyse on sen suojaamisesta, minkä muut ihmiset kokevat olevan 'oikein' tai 'normaalina'. Moraalin tai perinteen vaaliminen ei sellaisenaan ole perustuslaillinen oikeus, ja esimerkiksi Viljanen on pitänyt pelkkiä moraaliperusteita riittämättöminä:

”Käsitys jonkin perusoikeuden käyttömuodon moraalista tuomittavuudesta ei sellaisenaan riitä ilman vahvoja lisäperusteluja tällaisen käyttömuodon rajoittamisen, saati sitten kieltämisen perusteeksi. Niinpä esimerkiksi tietynlaisen seksuaalisen käyttäytymisen kieltämisestä ei voida perustuslain 10 §:n 1 momentin yksityiselämän suojaa koskevan säännöksen kannalta perustella hyväksyttävällä tavalla vetoamalla yksinomaan tällaisen käyttäytymisen moraaliseen paheksuttavuuteen.”¹⁴⁸

Rajoitusperusteen hyväksyttävyyden arvioinnissa on kyse siitä, onko henkilökohtaista koskemattomuutta ylipäättään sallittua rajoittaa vedoten perinteisen perhemallin suojelemiseen tai valtaväestön kokeman vastenmielisyyden vähentämiseen. Tähän on lähtökohtaisesti suhtauduttava kielteisesti, sillä henkilökohtainen koskemattomuus on perustuslaillinen oikeus, kun taas perinteisen perhemallin vaalimisen tai muiden ihmisten 'yök-vaikeuksilta' suojaamisen tärkeys on perustuslain ulkopuolinen arvoarvostelma. Kummankaan rajoitusperusteen tueksi ei ole esitetty mitään erityisiä perusteita, joiden vuoksi niitä olisi pidettävä Viljasen esittämien tavoin erityisen painavana perusteena rajoittaa perusoikeutta.

145 Viljanen 2014, s. 186.

146 Perhe-elämän suojaa ei mainita perustuslaissa, koska perheen määrittelemisen katsottiin liian vaikeaksi. Tämä määrittelemisen vaikeus ilmentää perheiden moninaisuutta pelkän perinteisen perhemallin vaalimisen sijaan. HE 309/1993 vp, s. 53.

147 Aarnio voisi kutsua lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen perustelua perhe-elämän suojalla *kulissiperusteluksi*, joka ”pannaan näkyviin, mutta jota ei todellisuudessa käytetä perusteluna”. Aarnio 2011, s. 54.

148 Viljanen 2014, s. 187.

Rajoitusperusteen on oltava myös kansainvälisten ihmisoikeusmääräysten mukainen. Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan 2 kappaleessa luetellaan yksityiselämän suojan hyväksyttävät rajoitusperusteet: kansallisen ja yleisen turvallisuuden varmistaminen, maan taloudellisen hyvinvoinnin turvaaminen, epäjärjestyksen tai rikollisuuden estäminen, terveyden tai moraalin suojaaminen tai muiden henkilöiden oikeuksien ja vapauksien turvaaminen. EIT soveltaa näitä rajoitusperusteita vain, kun kyse on valtion negatiivisen velvoitteen alaisesta toiminnasta. Tapauksessa *A.P. ym.* tuomioistuin tutki lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen ihmisoikeussopimuksen mukaisuutta positiivisten velvoitteiden näkökulmasta¹⁴⁹. Tämä ei kuitenkaan vaikuta siihen, miten asiaa arvioidaan Suomen perustuslain kannalta, sillä perustuslakivaliokunnan esittämien tavoin ”vain ihmisoikeussopimuksen asianomaisen sopimusmääräyksen mukaan hyväksyttävät rajoitusperusteet voivat olla vastaavan perusoikeussäännöksen sallittuja rajoitusperusteita”¹⁵⁰. Vaikka EIT itse ei soveltaisi näitä rajoitusperusteita juuri kyseisessä tapauksessa, koska se tutkii asian positiivisten velvoitteiden näkökulmasta, Suomen perustuslain näkökulmasta sopimusmääräyksen rajoitusperusteet ovat silti sitovia.

EIS 8 artiklan 2 kappaleen rajoitusperusteista kyseeseen voisi tulla moraalin suojaaminen. Kyse ei voi olla muiden henkilöiden oikeuksien turvaamisesta, sillä kuten yllä on esitetty, perinteisen perhemallin vaaliminen tai koetulta vastenmielisyydeltä suojaaminen eivät palaudu muiden henkilöiden perus- tai ihmisoikeuksiin. Ihmisoikeussopimuksessa mainittu rajoitusperuste 'moraalin suojaaminen' on hyvin väljä peruste. Sen on katsottu soveltuvan muun muassa aikuisten välisen, vapaaehtoisen homoseksuaalisten käyttäytymisen kriminalisoimiseen¹⁵¹. Siten ei ole poissuljettua, etteikö rajoitusperuste soveltuisi myös perinteisen perhemallin vaalimiseen tai valtaväestön kokeman vastenmielisyyden vähentämiseen. Tältä osin rajoitusperuste täyttää ihmisoikeusvelvoitteiden vaatimukset.

Tässä jaksossa esitetty voidaan tiivistää siihen, että lähtökohtaisesti transsukupuolisten lisääntymiskyvyttömyydelle spekuloidut rajoitusperusteet – perinteisen perhemallin vaaliminen tai valtaväestön suojaaminen mahdollisesti vastenmielisiltä ajatuksilta – eivät ole perustuslain mukaisia, vaikka ne sisältynevätkin Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8

149 Kritiikistä ks. *Piha* 2018, s. 89–90.

150 *PeVM* 25/1994 vp, s. 5.

151 Rajoitus ei kuitenkaan täyttänyt välttämättömyysvaatimusta. *Dudgeon vs. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohta 45; *Norris vs. Irlanti*, kohta 142; ja *Modinos vs. Kypros*, kohta 259.

artiklan listaan hyväksyttävistä rajoitusperusteista. Rajoitusperusteille ei ole esitetty syitä, joiden takia niitä olisi pidettävä erityisen painavina tai tärkeinä suojattavina oikeushyvinä. Mikäli tällaisia syitä kuitenkin kyettäisiin esittämään, kysymykseen perustuslain mukaisuudesta vaikuttaa se, kuinka pitkälle menevää perusoikeuden rajoitusta erittäin painavan oikeushyvän suojelulla perustellaan. Tämä liittyy suhteellisuusvaatimukseen, jota tarkastelen seuraavaksi.

4.4 Suhteellisuusvaatimus

Myös suhteellisuusvaatimus on vahvasti arvosidonnainen. Esimerkiksi Viljanen on todennut, että perusoikeusuudistuksen jälkeen juuri suhteellisuusvaatimuksen merkitys on korostunut aiempaan verrattuna. Lakien esitöissä on punnittu varsin monipuolisesti eri suuntiin käyviä argumentteja ja lopulta kyse on eri arvojen keskinäisen suhteen kokonaisarviosta.¹⁵²

Perustuslakivaliokunta on lausunut suhteellisuusvaatimuksesta seuraavaa:

”Rajoitusten on oltava suhteellisuusvaatimuksen mukaisia. Rajoitusten tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi. Jokin perusoikeuden rajoitus on sallittu ainoastaan, jos tavoite ei ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvien keinoin. Rajoitus ei saa mennä pidemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään.”¹⁵³

Suhteellisuusvaatimuksella voidaan nähdä kolme pääulottuvuutta: rajoituksen välttämättömyys eli vaihtoehtoisten keinojen ensisijaisuus, rajoituksen oikeasuhtaisuus sillä saavutettavaan hyötyyn nähden ja rajoituksen tosiasiallinen tehokkuus eli vaatimus siitä, että rajoituksella tosiasiallisesti kyetään suojaamaan ilmaistua oikeushyvä. Suhteellisuusarvioinnissa vaikuttaa muun muassa perusoikeuden rajoituksen laajuus ja se, vaaditaanko rajoituksen toteuttamiseen henkilön suostumus.¹⁵⁴ Suostumuksen merkitystä olen käsitellyt edellä ja todennut, ettei transsukupuolisen henkilön suostumukselle pidä juurikaan antaa merkitystä rajoituksen oikeasuhtaisuuden arvioinnissa.

¹⁵² Viljanen 2014, s. 221.

¹⁵³ PeVM 25/1994 vp, s. 5.

¹⁵⁴ Viljanen 2014, s. 114, 205–206.

Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan 2 kappaleessa vaaditaan, että yksityiselämän suojan rajoitus on välttämätön demokraattisessa yhteiskunnassa. Tähän sisältyy kolme osavaatimusta: rajoituksen on oltava pakottavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima, oikeassa suhteessa tavoiteltavaan hyväksyttävään päämäärään ja kansallisen viranomaisen esittämien syiden on oltava rajoituksen oikeuttamiseksi asianmukaisia ja riittäviä¹⁵⁵. Osavaatimusten voidaan katsoa vastaavan enimmiltä osin kansallisia vaatimuksia, joten EIS ei aseta suhteellisuusvaatimuksen osalta asiassa lisävaatimuksia.

Lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen on hyvin pitkälle menevä perusoikeuden rajoitus, sillä translaissa tarkoitettu lisääntymiskyvyttömyys on yleensä pysyvää. Suhteellisuusvaatimuksen osaulottuvuuksia on tarkasteltava tätä taustaa vasten. Lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen lienee minimikeino asetetun tavoitteen saavuttamiseksi, koska vaihtoehtoisia, perusoikeuksia enemmän kunnioittavia keinoja estää tilanteet, joissa mies voisi synnyttää tai nainen siittää lapsen, ei herkästi tule mieleen. Toisaalta jos säännöksellä pyritään tosiasiallisesti estämään epätavanomaisten isä–äiti-asetelmien syntyminen kokonaan, lisääntymiskyvyttömyysvaatimus ei nykyisessä muodossaan saavuta sitä tavoitetta, joka sille on annettu. Sääntely ei estä tilanteita, joissa lapsia jo saanut transsukupuolinen lapsen syntymän jälkeen korjaisi ja vahvistaisi sukupuolensa, ja lisääntymiskyky voi myös palautua hormonihoidon lopettamisen jälkeen, jolloin transmies voi synnyttää tai transnainen siittää. Perusoikeusrajoitus ei siten ole tehokas.

Lainsäätäjän on arvioitava perusoikeusrajoituksen tehokkuutta ennakkollisesti, ja siksi lain säätämisvaiheessa on katsottava perustuslain kannalta riittäväksi, että ”valitun keinon voidaan objektiivisesti arvioida olevan todennäköisesti soveltuva tavoitteen saavuttamiseen eikä näköpiirissä ole sellaisia muita perusoikeuteen vähemmän puuttuvia keinoja, jotka objektiivisesti arvioiden todennäköisesti ovat yhtä tehokkaita”¹⁵⁶. Kuten yllä on todettu, lainsäätäjä kykeni kyllä ennakoimaan, ettei translaki estäisi epätavanomaisia isä–äiti-asetelmia syntymästä sen seurauksena, että henkilö vahvistuttaa sukupuolensa lasten saannin jälkeen. Sen sijaan jos puhutaan muiden henkilöiden suojaamisesta vastenmielisiltä ajatuksilta, asiaan perehtymättömän lainsäätäjän on kenties ollut vaikea kuvitella, että lisääntymiskyvyttömyysvaatimus ei olisikaan tehokas keino estää miehiä tulemasta raskaaksi tai naisia siittämästä. Lisäksi tavoitteen saavuttamisessa on tietävästi

155 Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 211.

156 Viljanen 2014, s. 214.

'epäonnistuttu' ensimmäistä kertaa vasta viime vuonna, kun mies tuli raskaaksi. Kuitenkin voidaan ajatella, että perusoikeusrajoituksen tehottomuuden tullessa ilmi syntyy lainsäätäjälle velvollisuus korjata lainsäädäntöä joko poistamalla tehoton perusoikeusrajoitus tai säätämällä jostain tehokkaasta keinosta tavoitteen saavuttamiseksi.

Rajoituksen on oltava oikeassa suhteessa suojeltavaan oikeushyvään: suojelun kohdetta ja henkilön perusoikeutta on punnittava vastakkain. Jo edellä on esitetty, ettei perinteisen perhemallin vaalimista tai valtaväestön suojelua kokemaltaan vastenmielisyydeltä voida lähtökohtaisesti pitää riittävän painavana intressinä ylipäättään rajoittaa henkilökohtaista koskemattomuutta. Kun punnitaan vastakkain perusoikeutta ja perusoikeusjärjestelmän ulkopuolista yhteiskunnallista intressiä, on perusoikeudella lähtökohtaisesti etusija. Valtiosääntöoikeudellisessa punninnassa lopputuloksen oikeudellisen justifikaation kannalta on tärkeää, että punninta perustuu siihen, kuinka vahvaa institutionaalista tukea kukin arvo saa perustuslaista ja muista oikeuslähteistä. Tässä punninnassa on huomioitava yksittäisten perusoikeussäännösten lisäksi valtiosääntöoikeudellinen institutionalisoitunut käytäntö, valtiosäännön perusteet (kuten PL 1 § 2 momentti) sekä perusoikeusjärjestelmän kokonaisuus.¹⁵⁷ Kyse ei siis ole puhtaasti subjektiivisesta toimituksesta. Seuraavaksi punnitsen lähemmin henkilökohtaisen koskemattomuuden, koskemattomuuden loukkauksen, perinteisen perhemallin vaalimisen sekä vastenmielisiltä ajatuksilta suojaamisen keskinäistä merkittävyyttä.

Henkilökohtainen koskemattomuus on perustavaa laatua oleva perusoikeus. Oikeus määrätä mielestään ja kehostaan on vapaan demokratian peruspalikka. Sillä on myös ehdottoman suojan piirissä oleva ydin, kidutuksen ja ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kieltö. Se on perusedellytys esimerkiksi yksityisyyden ja perhe-elämän suojan toteuttamiselle. Henkilö ei lähtökohtaisesti menetä oikeuttaan henkilökohtaiseen koskemattomuuteen edes vankilassa. Jo suhteellisen vähäiset puuttumiset henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, kuten DNA-näytteen ottaminen perheenyhdistämistapauksissa, ovat kirvoittaneet valtiosääntöoikeudellisen keskustelun perustuslakivaliokunnassa. Tällöin on ollut kyse suostumukseen perustuvasta puuttumisesta henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Kuten edellä totesin, transsukupuolisten suostumusta sterilointiin ei voida pitää valtiosääntöoikeudellisesti pätevänä tai aitona.

¹⁵⁷ Viljanen 2014, s. 220–221.

Perusoikeusrajoituksen on täytettävä rajoitusedellytysten ehdot myös yksittäisessä soveltamistilanteessa¹⁵⁸. Tahdonvastaisten puuttumisten osalta perustuslakivaliokunta on pitänyt perustuslain vastaisena esimerkiksi vankien lyhytaikaista sitomista kuljetuksen aikana ilman yksittäistapauksellista harkintaa. Hallituksen esittämässä lainmuotoilussa sitomisen edellytysten täyttyminen olisi voinut olla kokonaan vangista itsestään riippumatonta. Hylätessään tällaisen lähestymistavan henkilökohtaiseen koskemattomuuteen perustuslakivaliokunta viittasi muun muassa Euroopan neuvoston kidutuksen vastaisen komitean lausuntoon, jonka mukaan vangin sitomiseen ei saa koskaan turvautua rutiininomaisesti.¹⁵⁹ Seksuaalirikollisten lääkehoidosta säädettäessä perustuslakivaliokunta totesi, että ”oikeasuhtaisuuden kannalta olennaista on, että lääkehoitoa annetaan vangille, jolla arvioidaan olevan vähintään keskisuuri seksuaalirikoksen uusimisriski”¹⁶⁰. Näistä esimerkeistä voidaan poimia translain kannalta olennaisia näkökohtia suhteellisuusvaatimuksen arviointiin. Olennaisia ovat ainakin henkilökohtaiseen koskemattomuuteen puuttumisen kesto, yksittäistapauksellinen harkinta sekä riski siitä, että henkilö muutoin loukkaa suojeltavaa oikeushyvää.

Kun transsukupuolisten henkilökohtaiseen koskemattomuuteen puututaan vaatimalla lisääntymiskyvyttömyyttä, tämä merkitsee heidän kannaltaan, että heidän mahdollisuutensa hankkia lapsia tulevaisuudessa suljetaan pois peruuttamattomasti. Henkilökohtaiseen koskemattomuuteen puututaan lopuksi ikää. Vaatimusta sovelletaan kaikkiin sukupuoltaan vahvistuttaviin transsukupuolisiin riippumatta siitä, millä todennäköisyydellä he haluavat saada tai tulevat saamaan lapsia tulevaisuudessa. Siten vaatimusta sovelletaan myös sellaiseen transsukupuoliseen, joka ilmoittaa, ettei halua lapsia, tai joka tilastojen valossa todennäköisesti ei tule hankkimaan lapsia.¹⁶¹ Lasten hankkimishalua tai nuorta ikää ei kuitenkaan pidä katsoa perusteeksi vaatia transsukupuolisilta lisääntymiskyvyttömyyttä, vaan tarkoitus on osoittaa, miten lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen ei perustu yksittäistapaukselliseen harkintaan. Riskiä siitä, että henkilö ilman perusoikeuteen puuttumista loukkaisi suojeltavaa oikeushyvää, ei arvioida lainkaan. Yksittäisessä

158 Viljanen 2014, s. 128–129, 225.

159 PeVL 6/2017 vp, s. 4.

160 PeVL 4/2013 vp, s. 5.

161 Naisten hedelmällisyys laskee selvästi 34. ikävuoden jälkeen, joten tilastollisesti ottaen tätä vanhemmat transmiehet todennäköisesti eivät enää hanki lapsia. Tilastokeskuksen mukaan 40–44-vuotiaiden naisten hedelmällisyys oli 14 synnytystä 1000 naista kohden vuonna 2015, 35–39-vuotiailla naisilla vastaava luku oli vajaa 56. Hedelmällisyys on huipussaan 30–34-vuotiailla, joiden hedelmällisyysluku oli 102. Tilastokeskus 2016.

soveltamistilanteessa lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen voi tässäkin mielessä osoittautua suhteettomaksi puuttumiseksi henkilön perusoikeuksiin.

Viime kädessä suhteellisuusvaatimuksen arviointi palaa arvojen punnintaan. Kuten edellä totesin, translain lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksella suojataan tosiasiallisesti muiden ihmisten käsitystä siitä, millainen on oikeanlainen perhe, kuka saa tulla isäksi tai äidiksi ja mikä on 'oikein' tai 'normaalia'. Tämä on kollektiivinen moraalikäsitys. Moraalikäsityksillä on toki oma olennainen roolinsa yhteiskunnassa. Toisaalta moraalikäsitkset voivat myös osoittautua syrjiviksi ja vahingollisiksi, kuten transsukupuolisten kohdalla. Perustuslain 6 §:ssä kielletään syrjintä sukupuolen perusteella. Sellaiset moraalikäsitkset, jotka perustuvat perustuslain vastaisiin arvoihin kuten ennakkoluuloon, eivät voi saada suhteellisesti suurempaa painoarvoa punninnassa kuin perustuslaillisesti turvattu oikeus. Syrjintäkielto saa institutionaalista tukea myös tasa-arvolain 7 §:stä, jossa mainitaan nimenomaisena kiellettyinä syrjintäperusteina sukupuoli-identiteetti ja sukupuolen ilmaisu.

Joskus epätavallisten perheiden muodostumista halutaan estää vetoamalla lapsen oikeuksiin tai etuun¹⁶². Voidaan siis asettaa vastakkain kahden henkilön oikeudet. Toisella puolella on vielä syntymättömän lapsen hyvinvointi, toisella transsukupuolisen henkilön henkilökohtainen koskemattomuus tässä ja nyt. Ei ole näyttöä siitä, että transsukupuoliset olisivat huonompia vanhempia kuin cisukupuoliset tai että epätavanomaisissa perheissä elävät lapset kärsisivät enemmän kuin tavanomaisissa perheissä elävät lapset. Lisäksi muidenkaan ihmisten lisääntymistä ei säännellä valtion taholta siksi, että olisi olemassa huoli lapsen hyvinvoinnista. Lapsia suojellaan jälkikätein keinoin lastensuojelulain¹⁶³ nojalla. Siten myös huoli lapsen hyvinvoinnista on suojeltavana oikeushyvinä tosiasiasa ennakkoluuloon perustuva, syrjivä ja perustuslain vastaisiin arvoihin perustuva. Hypoteettisen, tulevaisuudessa syntyvän lapsen edulla ei voi perustella elinikäistä puuttumista transsukupuolisen henkilön koskemattomuuteen.

Ottaen huomioon, että henkilökohtainen koskemattomuus nauttii vahvaa perustuslaillista suojaa, että säädetty rajoitus fyysiseen koskemattomuuteen koskee elämän erittäin intiimiä

162 Esim. *StVM* 7/2002 vp koskien translakia, neljän kansanedustajan vastalause, s. 9; *LaVM* 14/2014 vp koskien kansalaisaloitetta eduskunnalle avioliittolain, rekisteröidystä parisuhteesta annetun lain ja transseksuaalin sukupuolen vahvistamisesta annetun lain muuttamisesta (KAA 3/2013 vp), s. 6, kohdassa Valiokunnan asiantuntijakuulemiset.

163 Lastensuojelulaki 417/2007.

osa-aluetta, että säädetty rajoitus on vaikutuksiltaan pysyvä ja että rajoituksella suojeltavat oikeushyvät perustuvat tosiasiasa hylättäviin, perustuslainvastaisiin, syrjiviin arvoihin, ei lisääntymiskyvyttömyysvaatimusta voida pitää oikeasuhtaisena puuttumisena henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Kun lisäksi huomioidaan PL 1 § 2 momentin vakuutus siitä, että valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa, transsukupuolisten lisääntymiskyvyttömyysvaatimus näyttäytyy räikeänä epäkohtana suomalaissa oikeusjärjestyksessä.

4.5 Ydinalueen koskemattomuus ja ihmisoikeuksien noudattamisen vaatimus

Ydinalueen koskemattomuuden ja ihmisoikeuksien noudattamisen vaatimuksia on luonnehdittu eräänlaisiksi viimekätisiksi varmistuksiksi. Perusoikeusrajoitukset, jotka loukkaavat näitä vaatimuksia, loukkaavat lähes poikkeuksetta jo jotain toistakin rajoitusedellytystä, kuten suhteellisuusvaatimusta.¹⁶⁴

Perustuslakivaliokunta on viitannut ydinalueen koskemattomuuteen lähinnä käänteisesti, todeten, ettei jokin tietty perusoikeusrajoitus ulotu perusoikeuden ytimeen¹⁶⁵. Perusoikeusuudistuksen yhteydessä hallituksen esityksessä nimettiin henkilökohtaisen vapauden ydinalueeksi orjuuden ja pakkotyön kielto¹⁶⁶. Mikä voisi olla henkilökohtaisen koskemattomuuden vastaava ulottuvuus? Luonnollisena lähtökohtana näyttäytyy ehdoton kidutuksen sekä ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kielto. Olen yllä analysoinut, ylittääkö transsukupuolisten sterilointivaatimus ihmisarvoa loukkaavan (PL 7.2 §) tai halventavan (EIS 3 artikla) kohtelun kiellon kynnyksen. Nähdäkseni kynnys ylittyy ja sterilointivaatimus ulottuu henkilökohtaisen koskemattomuuden ydinalueelle. Samalla se loukkaa Suomen kansainvälisiä ihmisoikeusvelvoitteita.

Yllä olen analysoinut rajoitusperusteen hyväksyttävyyysvaatimuksen ja suhteellisuusvaatimuksen täyttymistä myös kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden näkökulmasta ja todennut, että lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen ei täytä Euroopan ihmisoikeus-

¹⁶⁴ *Viljanen* 2014, s. 62.

¹⁶⁵ *Lavapuro* 2010, s. 249.

¹⁶⁶ *HE 309/1993*, s. 46.

sopimuksen 8 artiklan asettamia vaatimuksia. Tapauksessa *Y.Y.* ihmisoikeustuomioistuin totesi, että lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen oli itsessään ihmisoikeuksien kannalta ongelmallista, vaikka se ei olisikaan estänyt henkilöä käyttämästä jotain toista ihmisoikeuttaan täysimääräisesti. Suomen tilannetta läheisemmin muistuttavassa tapauksessa *A.P. ym.* EIT katsoi, että lisääntymiskyvyttömyyden edellyttäminen sukupuolen vahvistamisen ehtona loukkasi ihmisoikeussopimuksen 8 artiklaa. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen periaatteet ovat sitovia kaikissa Euroopan neuvoston jäsenmaissa. Lähtökohtaisesti Suomenkin lisääntymiskyvyttömyysvaatimus on siis ihmisoikeussopimuksen vastainen. Tarkastelen kuitenkin vielä sitä, onko Suomen ja Ranskan oikeus-tilassa jotain sellaisia eroja, joiden takia tapaus *A.P. ym.* ei sellaisenaan soveltuisikaan Suomen olosuhteisiin.

Ensinnäkin voidaan todeta, että Ranskan lainsäädännössä lisääntymiskyvyttömyyttä ei edellytetty suoraan, vaan tämä edellytys syntyi vasta, kun tulkittiin *ulkomuodon peruuttamattoman muutoksen* vaatimuksen sisältöä. Vaatimus tarkoitti tosiasiaassa, että transsukupuolisen oli vastaanotettava joko hormonihoitoa tai sukelinkirurgia, jotka varmasti tai hyvin todennäköisesti johtavat lisääntymiskyvyttömyyteen. Suomen laissa lisääntymiskyvyttömyyttä edellytetään suoraan eikä sukupuolen vahvistamiselle ole asetettu edellytykseksi muiden hoitojen vastaanottamista. Lisääntymiskyvyttömyys voidaan saavuttaa myös tavanomaisella sterilointitoimenpiteellä.

Toiseksi, Ranskassa lainsäädäntömuutos kesken oikeusprosessin johti siihen, että kaikista lääketieteellisistä edellytyksistä luovuttiin. Jo ennen tätä valtion sisäiset ohjeistukset painottivat, ettei laki edellyttänyt sukupuolenkorjaushoitojen vastaanottamista. Toisin sanoen, kun kansalliset tuomioistuimet edellyttivät lisääntymiskyvyttömyyteen johtavia hoitoja, ne toimivat vastoin lainsäätäjän tarkoittamaa tulkintaa kansallisesta laista.

Kolmanneksi, Ranska oli perustellut ulkomuodon peruuttamattoman muutoksen vaatimusta vedoten oikeusvarmuuden sekä henkilöllisyyden muuttumattomuuden, yhdenmukaisuuden ja luotettavuuden periaatteisiin. Nämä varsin abstrakteiksi jäävät yhteiskunnalliset intressit olivat sinänsä legitiimejä intressejä. Suomen lisääntymiskyvyttömyysvaatimus perustuu ajatukselle perinteisen perhemallin vaalimisesta tai muiden ihmisten suojaamisesta

kokemaltaan vastenmielisyydeltä. Myös Suomen perustelut voisivat olla legitiimejä ihmisoikeussopimuksen kannalta, sillä ne kuuluvat moraalin suojaamisen piiriin.

Neljänneksi, ihmisoikeustuomioistuin ratkaisu perustui keskeisesti ajatukselle, että transsukupuolisten oli valittava kahden ihmisoikeuden välillä, vaikka valtio ei ollut esittänyt painavia perusteluja sille, että tällaisen valinnan tekeminen olisi demokraattisessa yhteiskunnassa välttämätöntä. Tässä kontekstissa sillä, onko lisääntymiskyvyttömyys nimenomainen vaatimus (kuten Suomessa) vai jonkin toisen edellytyksen sivuvaikutus (kuten Ranskassa), ei ole merkitystä. Transsukupuoliset ovat Suomessa täysin vastaavan dilemman edessä kuin he olivat Ranskassa muutama vuosi sitten. Niin ikään sillä, noudattaako kansallinen prosessi kansallista lakia ja ohjeistusta tai muuttuuko oikeustila oikeusprosessin aikana, ei ole merkitystä tämän dilemman ratkaisussa. Dilemman olemassaolo, ei sen lainmukaisuus kansallisen lainsäädännön valossa, on ratkaiseva tekijä.

Päähuomio kiinnittyy siis intressipunnintaan eli rajoituksen oikeasuhtaisuuteen. Tapauksessa *A.P. ym.* ihmisoikeustuomioistuin totesi, että Ranskan esittämät yhteiskunnalliset intressit eivät olleet riittävän painavia niin radikaaliin puuttumiseen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen kuin sterilointiin. Kyse on siitä, onko perinteisen perhemallin vaaliminen tai vastenmielisyyden kokemukselta suojaaminen riittävän painava yhteiskunnallinen intressi tämän rajoituksen oikeuttamiseen.

EIT tutki tapauksen *A.P. ym.* valtion positiivisten velvoitteiden näkökulmasta. Tämä näkökulmavalinta voidaan kyseenalaistaa,¹⁶⁷ mutta tässä tutkielmassa hyväksyn sen analyysini lähtökohdaksi. Mikäli EIT olisi valinnut negatiivisen velvoitteen näkökulman, rajoitusehtojen täyttyminen olisi tiukempien edellytysten takana. Mikäli rajoitusperuste ei täytä ihmisoikeussopimuksen vaatimuksia positiivisen velvoitteen näkökulmasta, ei se tee sitä myöskään negatiivisen velvoitteen näkökulmasta.¹⁶⁸

Rajoituksen hyväksyttävyyttä arvioidaan suhteuttamalla yksilön ihmisoikeusintressin tärkeys ja rajoituksen voimakkuus yleisen intressin tärkeyteen, valtion harkintamarginaaliin, oikeusvaltiolliseen laillisuusperiaatteeseen sekä muiden jäsenvaltioiden käytäntöihin¹⁶⁹. Toisessa vaakakupissa on siis transsukupuolisen henkilökohtainen

¹⁶⁷ Piha 2018, s. 89–90.

¹⁶⁸ Ks. yllä jakso 2.2.

¹⁶⁹ Akandji-Kombe 2007, s. 19.

koskemattomuus, joka on erittäin keskeinen ihmisoikeus. Sitä suojaavat EIS 8 artiklan lisäksi 3 artiklan ehdottomat kidutuksen sekä epäinhimillisen ja halventavan kohtelun kiellot. Lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen merkitsee erittäin voimakasta puuttumista henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Siksi tällaiseen puuttumiseen on lähtökohtaisesti suhtauduttava pidättyvästi. Ihmisoikeustuomioistuin määritteli valtion harkintamarginaalin tässä tapauksessa kapeaksi¹⁷⁰. Myös kapea harkintamarginaali painaa transsukupuolisten vaakakupissa. Toisessa vaakakupissa painaa se, ettei jäsenvaltioiden kesken ei vallitse sterilointikysymyksessä konsensusta.

Oikeusvaltiollisen laillisuusperiaatteen merkitystä tuomioistuin ei nimenomaisesti analysoinut. Laillisuusperiaatteen yhtenä keskeisenä elementtinä on kuitenkin valtion mielivallan kielto. EIS 8 artiklan keskeisin tarkoitus on suojata yksilöitä valtion mielivaltaiselta puuttumiselta heidän yksityiselämäänsä¹⁷¹. Ihmisoikeustuomioistuin ei ole systemaattisesti käsitellyt mielivallan käsitettä 8 artiklan kontekstissa, mutta on analysoinut mielivaltaisen vapaudenriiston (5 artikla) elementtejä tapauksessa *James, Wells ja Lee vs. Yhdistynyt kuningaskunta*. Esitetyt tulkinnat soveltuvat mielivallan määrittelyyn yleisemminkin. Mielivaltaa on ainakin lain tulkitseminen sen hengen vastaisesti, vaikka tulkinta olisi lain kirjaimen mukaista, toimenpide, jolla ei aidosti tavoitella laissa säädettyä tarkoitusta, toimenpide, joka ei konkreettisesti sovellu säädetyn tarkoituksen toteuttamiseen, sekä toimenpide, joka on kohtuuton suhteessa sen tavoitteeseen¹⁷². Ensimmäiset kaksi elementtiä eivät muodostu translain kannalta ongelmallisiksi. Kolmas elementti on samantapainen kuin suomalaisen suhteellisuusvaatimukseen sisältyvä tehokkuusvaatimus. Kuten edellä on todettu, se on käytännössä osoittautunut ongelmalliseksi, sillä lisääntymiskyvyttömyysvaatimus ei ole estänyt sitä, etteikö lapsen synnyttänyt henkilö voisi olla mies tai lapsen siittänyt henkilö olla nainen. Neljäs elementti liittyy ihmisoikeuden ja suojeltavan intressin punnintaan.

Keskenään punnitaan yksityiselämän suojaa ja yleistä intressiä, perinteisen perhemallin vaalimista ja valtaväestön suojaamista vastenmielisiltä kokemuksilta. Kuinka tärkeä yleinen intressi perinteisen perhemallin vaaliminen on? Tulkitessaan perhe-elämän suojan sisältöä ihmisoikeustuomioistuin on omaksunut joustavan, aikaansa seuraavan käsityksen.

170 Ks. yllä jakso 2.2.1.

171 *Fernández Martínez vs. Espanja*, kohta 114.

172 *James, Wells ja Lee*, kohdat 192–195.

Esimerkiksi samaa sukupuolta olevat parit ja heidän yhteiset lapsensa tai toisen osapuolen lapset ovat saaneet perhe-elämän suojaa.¹⁷³ Samoin transsukupuolisen henkilön avioliitto kuuluu perhe-elämän suojan piiriin, vaikkakin valtiolla on oikeus vaatia avioliiton muuttumista rekisteröidyksi parisuhteeksi sukupuolen vahvistamisen yhteydessä¹⁷⁴. Perhe-elämän suojan ei siten voida katsoa ulottuvan ainoastaan perinteiseen isä–äiti–lapset-perhemalliin. Perinteisen perhemallin suojaaminen ei saa institutionaalista tukea perhe-elämän suojasta tai muusta ihmisoikeudesta.

Intressi voi olla riittävän painava oikeuttamaan ihmisoikeuden rajoituksen, vaikka se ei palautuisikaan yksittäiseen ihmisoikeuteen. Perinteinen perhemalli saa institutionaalista tukea 8 artiklan hyväksyttävistä rajoitusperusteista, joihin sisältyy moraalien suojaaminen. Lähtökohtaisesti jäsenvaltioilla on laaja harkintamarginaali, kun ne tähtäävät moraalien suojaamiseen, sillä Euroopassa ei ole yhtenäistä katsantoa moraalien sisällöstä. Tästä huolimatta ihmisoikeustuomioistuin on todennut, että moraalien tai terveyden suojelemiseen tai toisten oikeuksien turvaamiseen tähtäävä laki ei saa olla vastakkainen demokraattisen yhteiskunnan näkemykselle yhdenvertaisuudesta ja suvaitsevaisuudesta.¹⁷⁵ Tuomioistuin todennäköisesti huomioisi myös sen, että suurin osa transsukupuolisista haluaa hormonihoitoa tai sukuelinkirurgiaa, mistä syystä transsukupuolisten sterilointeja sterilointilain nojalla on toteutettu vain yksittäistapauksissa, kun henkilön terveydentila on estänyt hormonihoidon tai kirurgian¹⁷⁶. Kun säännöksen konkreettinen merkitys tulee erikseen ilmi vain yksittäistapauksissa, on vaikeaa perustella sitä, että säännös olisi ihmisoikeussopimuksen tarkoittamalla tavalla 'tarpeellinen'. Tästä huolimatta jo säännöksen olemassaololla on haitallinen vaikutus transsukupuolisten henkilöiden elämään. EIT on pitänyt merkityksellisenä seikkana jo säännöksen olemassaolosta aiheutuvia haitallisia vaikutuksia, kuten elämän vaikeutumista ja syrjintää.¹⁷⁷ Samalla on huomioitava, että säännöksen olemassaolo voi painostaa transsukupuolisia sukupuolenkorjaushoitoihin, joihin he eivät muutoin ryhtyisi.

Mitään erityisen painavia argumentteja perinteisen perhemallin vaalimisen tai 'yökövaikuttimelta' suojaamisen puolesta, joilla voitaisiin oikeuttaa EIT:n vakavaksi

¹⁷³ Hirvelä – Heikkilä 2017, s. 747.

¹⁷⁴ *Hämäläinen vs. Suomi*, kohdat 60–61.

¹⁷⁵ *Bayev ym. vs. Venäjä*, kohdat 66, 83.

¹⁷⁶ *Sosiaali- ja terveysministeriö* 2015, s. 36.

¹⁷⁷ *Dudgeon vs. Yhdistynyt kuningaskunta*, kohdassa 60 esitetyt argumentit.

luonnehtima puuttuminen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, ei ole esitetty. Minun on vaikea kuvitella, mitä ne voisivat olla. Näyttötaakka tällaisten argumenttien olemassaolosta on myös selkeästi valtiolla. Käsittääkseni Suomen hallituksella ei tällaisia argumentteja olekaan, sillä hallitus ei ole missään vaiheessa kiistänyt lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen perustuslainvastaisuutta. Translain uudistaminen on johtunut pikemminkin poliittisista syistä eli haluttomuudesta uudistukseen kuin uskosta, ettei nykyinen translaki olisi ongelmallinen. Koska painavia syitä lisääntymiskyvyttömyyden vaatimiselle ei ole ja sille esitetyt perusteet pohjautuvat oikeudenmukaisen ja demokraattisessa yhteiskunnassa hylättäviin arvoihin, lisääntymiskyvyttömyysvaatimus loukkaa myös Suomen tapauksessa ihmisoikeussopimuksen 8 artiklaa. Ranskan ja Suomen tapaukset eivät siis eroa toisistaan missään olennaisessa suhteessa. Perusoikeusrajoitus ei ole Suomen kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden mukainen.

4.6 Yhteenvetoa

Tässä ja edellisessä luvussa sanottua voidaan tiivistää seuraavasti: translakiin sisältyvä vaatimus siitä, että henkilön on oltava lisääntymiskyvytön, jotta hänen sukupuolensa voidaan vahvistaa hänen identiteettiään vastaavaksi, merkitsee ainakin potentiaalisesti PL 7 §:n kieltämää ihmisarvoa loukkaavaa kohtelua ja EIS 3 artiklan kieltämää halventavaa kohtelua. Mikäli näin on, lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen on ehdottoman kiellettyä eikä sitä voida oikeuttaa. Mikäli vaatimuksen ei kuitenkaan katsota ylittävän näiden kieltojen vakavuuskynnystä, merkitsee vaatimus siltikin puuttumista PL 7 §:n mukaiseen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen sekä EIS 8 artiklan mukaiseen yksityiselämän kunnioitukseen. Näihin oikeuksiin puuttumiselle on oltava riittävän painavat perusteet.

Vaikka transsukupuolinen periaatteessa antaa lisääntymiskyvyttömyyden aiheuttavalle toimenpiteelle suostumuksensa, ei tätä suostumusta voida pitää oikeudellisesti relevanttina, sillä se tehdään olosuhteissa, joissa henkilö ei muutoin pääse ilmentämään juridisesti identiteettinsä mukaista sukupuolta, mikä on PL 10 §:n ja EIS 8 artiklan mukaiseen yksityiselämän suojaan kuuluva oikeus. Henkilö ei siis pääse käyttämään yhtä perus- ja ihmisoikeuksistaan, ellei hän suostu toisen perus- ja ihmisoikeuden loukkaukseen.

Perustuslain kannalta ongelmalliseksi osoittautuvat erityisesti esitetyn rajoitusperusteen – perinteisen perhemallin vaalimisen ja muiden henkilöiden suojaamisen vastenmielisiltä ajatuksilta – hylättävyys sekä rajoituksen voimakkuus suhteessa suojeltavaan oikeushyvään. Toisin sanoen esitetyt rajoitusperusteet eivät lähtökohtaisesti ole hyväksyttäviä perusteita rajoittaa henkilökohtaista koskemattomuutta ja joka tapauksessa peruuttamattoman lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen on kohtuutonta asetettuun tavoitteeseen nähden. Hallituksen esittämät suojeltavat oikeushyvät ovat tosiasiasa ennakkoluuloon perustuvia, syrjiviä ja siten perustuslain vastaisiin arvoihin perustuvia, ja henkilökohtaisen koskemattomuuden suojan nauttima valtiosääntöoikeudellinen institutionaalinen tuki on huomattavasti vahvempi kuin sen rajoitusperusteiden nauttima valtiosääntöoikeudellinen oikeutus. Rajoitus ei myöskään ole osoittautunut tehokkaaksi keinoksi estää miehiä synnyttämästä.

Mikäli lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen katsotaan ihmisarvoa loukkaavaksi kohteluksi, rajoitus ulottuu myös henkilökohtaisen koskemattomuuden loukkaamattomalle ydinalueelle.

Perusoikeuden rajoitus ei myöskään noudata Suomen kansainvälisiä ihmisoikeusvelvoitteita. Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön valossa ongelmalliseksi osoittautuvat rajoitusperusteen hylättävyys ja rajoituksen kohtuuttomuus demokraattisessa yhteiskunnassa. Moraaliperusteet eivät oikeuta lakia, joka perustuu syrjiviin ja suvaitsemattomiin arvoihin. Kun vielä otetaan huomioon rajoituksen voimakkuus ja pysyvyys sekä säännöksen jo olemassaolollaan transsukupuolisille aiheuttamat vahingolliset vaikutukset, sterilointivaatimuksen oikeutukselta putoaa pohja. Lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen loukkaa ihmisoikeussopimuksen 8 artiklaa.

Lisääntymiskyvyttömyysvaatimus ei siten täytä perusoikeusrajoitukselle asetettuja rajoitusedellytyksiä. Vaatimus on perustuslain vastainen.

5 Translaki tuomioistuimessa

Nykyisen perustuslain säätämisen yhteydessä vuonna 2000 perustuslakiin otettiin uusi säännös perustuslain etusijasta. Uuden perustuslain 106 § antoi ensimmäistä kertaa tuomioistuimille vallan tutkia lain soveltamisen perustuslainmukaisuutta ja velvoitti tuomioistuimet antamaan etusijan perustuslaille:

Jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle.

Soveltamisrajoitussäännös eli perustuslain 107 § (vanhan Hallitusmuodon 92.2 §) sen sijaan kieltää kaikkia viranomaisia, myös tuomioistuinta, soveltamasta perustuslain tai muun lain kanssa ristiriidassa olevaa asetuksen tai muun lakia alemmanasteisen säädöksen säännöstä. Säännösten erot liittyvät niiden velvoittamaan ja valtuuttamaan tahoon, syrjäytettävään säännökseen ja syrjäyttämiskynnykseen. Ensinnäkin, PL 106 § velvoittaa tuomioistuinta eivätkä muut viranomaiset saa soveltaa sitä, PL 107 § velvoittaa ja valtuuttaa kaikkia viranomaisia. Toiseksi, PL 106 §:n nojalla voidaan syrjäyttää lain tasoinen säännös, PL 107 §:n nojalla vain lakia alemmanasteinen säännös. Kolmanneksi, PL 106 §:n soveltamiskynnys on säännöksen sanamuodon mukaan korkeampi kuin PL 107 §:n soveltamiskynnys: PL 106 § vaatii, että ristiriidan perustuslain kanssa on oltava ilmeinen¹⁷⁸. Koska perustuslain kannalta ongelmallinen säännös transsukupuolisten lisääntymiskyvyttömyyden edellyttämisestä sisältyy lain tasoiseen säännökseen eli translakiin, keskityn alla PL 106 §:n analyysiin.

PL 106 §:n säätämisen taustalla oli Suomen oikeuden kansainvälistyminen. Suomi liittyi Euroopan neuvostoon vuonna 1989 ja Euroopan talousalueeseen vuonna 1995. Euroopan talousalueeseen liittymisen jälkeen talousalueen, yhteisön ja sittemmin unionin säädöksille on annettava etusija kansalliseen lakiin nähden. Myös kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden, jotka on kansallisesti saatettu voimaan lailla, on syytä saada etusija kansalliseen lakiin nähden, erityisesti siksi, että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen

¹⁷⁸ Korkean soveltamiskynnyksen voi kytkeä Lavapuron esittämään ajatukseen siitä, että perusoikeuksien soveltamisen täytyy olla erityisen ennakoitavaa. Ennakoitavuuden tekee haasteelliseksi perusoikeuksien abstrakti kirjoitusasu yhdistettynä vahvaan normatiiviseen velvoittavuuteen. *Lavapuro* 2012, s. 144.

tuomiot ovat oikeudellisesti sitovia.¹⁷⁹ Tilanteessa, jossa kansallisilla tuomioistuimilla ei ollut keinoja jättää kotimaisen perustuslain kanssa ristiriidassa olevaa lain säännöstä soveltamatta samalla, kun sen oli annettava etusija kotimaisen lain kanssa ristiriidassa olevalle EY-säädökselle tai EIS:n säännökselle, oli epätydyttävä. Tilanteen korjaamiseksi säädettiin PL 106 §.

PL 106 § on merkinnyt murrosta suomalaisessa valtiosääntökulttuurissa, jossa lakien perustuslainmukaisuuden valvonta on kuulunut perustuslakivaliokunnalle. Aikaisemman, vuoden 1919 Suomen Hallitusmuodon 92.2 §:n oli perinteisesti tulkittu estävän tuomioistuimia tutkimasta lakien perustuslainmukaisuutta tai soveltamasta perustuslakia.¹⁸⁰ Myös perustuslain uudistuksessa perustuslakivaliokunnan harjoittama ennakkovalvonta oli tarkoitus pysyttää perustuslainmukaisuuden valvonnassa etusijalla. Tuomioistuinvalvonnan oli tarkoitus vain täydentää ennakkovalvonnassa väistämättä ilmeneviä puutteita, esimerkiksi tilanteissa, joissa perustuslakivaliokunta ei osannut ennakoida jotain tiettyä ristiriitatilannetta tai joissa ajan kulumisen seurauksena perustuslakivaliokunnan lain säätämisen yhteydessä esittämät kannanotot ovat vanhentuneet.¹⁸¹

Säännöksen on todettu olevan periaatteellisesti merkittävä, vaikka sen käytännön soveltamistilanteiden ennakoitiin olevan äärimmäisen poikkeuksellisia¹⁸². Tämä ennakointi on toteutunut, sillä PL 106 §:ää on sovellettu ylimmissä tuomioistuimissa vain viisi kertaa. Korkeimmassa hallinto-oikeudessa säännöstä on sovellettu vain kerran, ratkaisussa KHO 2008:25.¹⁸³ Ylimpien tuomioistuinten ennakkopäätös- ja vuosikirjaratkaisuissa PL 106 §:ään on vedottu tai ratkaisun perusteluissa siihen on viitattu yhteensä 60 kertaa, näistä 39 tapausta on korkeimmasta hallinto-oikeudesta¹⁸⁴. Säännöksen soveltamiskynnys vaikuttaa siten olevan korkealla, varsinkin korkeimmassa hallinto-oikeudessa.¹⁸⁵ Lainsäätäjän tarkoitus näyttää siten toteutuneen. Säännöksen merkittävyys ei kuitenkaan tule täysimääräisesti esille pelkästään soveltamis- tai soveltamattajättämiskertoja laskemalla,

179 HE 1/1998 vp, s. 52–53.

180 Lavapuro 2008, s. 589.

181 HE 1/1998 vp, s. 162–164; PeVM 10/1998 vp, s. 30–32.

182 HE 1/1998 vp, s. 162; PeVM 10/1998 vp, s. 30; Lavapuro 2008, s. 586.

183 Lisäksi yhdessä tapauksessa KHO sovelsi perusoikeusmyönteistä tulkintaa, vaikka asiallisesti vaikuttaa siltä, että KHO on jättänyt lain säännöksen soveltamatta perustuslain kanssa ristiriidassa olevana. KHO:2012:54.

184 Tulokset tuottaneesta hakumetodista ks. jakso 1.1.

185 Analyysi ei kerro säännöksen soveltamiskynnyksestä alemmissa tuomioasteissa.

sillä jo säännöksen olemassaolo on tarkoittanut, että perustuslain säännökset, erityisesti perusoikeussäännökset, ovat saaneet oikeusjärjestelmässämme vahvemman aseman¹⁸⁶.

Ensimmäiseksi kartoitan etusijasäännöksen soveltamisesta esitöissä annettuja ohjeita. Sen jälkeen tarkastelen Lavapuron erittelyä tuomioistuinten varhaisesta soveltamiskäytännöstä ja poimin tästä analyttiset kategoriat omaan analyysiini. Kolmannessa alajaksossa siirryn tutkimaan konkreettisella tasolla PL 106 §:n soveltamista lisääntymiskyvyttömyysvaatimukseen, siten kuin kysymystä kenties pohdittaisiin tuomioistuimessa.

5.1 PL 106 §:n soveltamisedellytykset esitöiden mukaan

Perustuslain uudistusta koskevan hallituksen esityksen sekä perustuslakivaliokunnan mietinnön perusteella voidaan nostaa esille kuusi merkityksellistä seikkaa PL 106 §:n soveltamisesta.¹⁸⁷

1. Etusijasäännös koskee ainoastaan lain soveltamatta jättämistä yksittäisen oikeustapauksen ratkaisemisen yhteydessä. Tuomioistuin ei voi julistaa lain säännöstä perustuslainvastaiseksi, vaan säännöksen kumoaminen edellyttää lainsäädäntötoimenpidettä.
2. Ensisijainen keino lain ja perustuslain välisen ristiriidan poistamiseksi on perusoikeusmyönteinen laintulkinta.
3. Säännöksen soveltaminen edellyttää ilmeistä ristiriitaa lain soveltamisen ja perustuslain välillä. Ristiriitaa arvioidaan perustuslain kokonaisuuden kannalta, ei vain perustuslain yksittäisen säännöksen kannalta.
4. Ilmeinen ristiriita on ”selvä ja riidaton”. Ristiriitaa ei voi pitää ilmeisenä, jos perustuslakivaliokunta on ottanut kantaa lain säännöksen soveltamiseen säätämisvaiheessa ja todennut, ettei ristiriitaa ole. Jos valiokunta ei kuitenkaan ole arvioinut käsillä olevan tulkintatilanteen kaltaista tilannetta, ristiriidan ilmeisyysvaatimus voi täytyä, vaikka perustuslakivaliokunta olisikin arvioinut lain perustuslainmukaisuutta säätämisvaiheessa. Myös muilla säätämisvaiheen

¹⁸⁶ Lavapuro 2008, s. 588.

¹⁸⁷ HE 1/1998 vp, s. 53 ja 163–164; PeVM 10/1998 vp, s. 31.

kannanotoilla, kuten hallituksen esityksen säätämisyjärjestysperusteluilla voi olla vaikutusta ristiriidan ilmeisyyden arviointiin.

5. Ajan kuluminen on otettava huomioon PL 106 §:n soveltamisessa: perustuslain tulkinta tai sanamuoto on voinut muuttua lain säätämisen jälkeen, jolloin säätämisyvaiheessa perustuslainmukaiseksi katsottu laki ei välttämättä enää vastaa perustuslain vaatimuksia. Mitä vanhemmasta laista on kyse, sitä vähemmän merkitystä voidaan antaa sen säätämisyvaiheen kannanotoille.
6. PL 106 § ei koske lakia, joka on säädetty perustuslain säätämisyjärjestyksessä, ellei myöhempi perustuslain muutos tee poikkeuslain poikkeuksesta ei-hyväksyttävää.

5.2 Ylimpien tuomioistuimien varhainen soveltamiskäytäntö

Miten PL 106 §:ää on käytännössä sovellettu? Lavapuro on luonnehtinut korkeimpien oikeuksien etusijasäännöksen varhaista soveltamiskäytäntöä normikontrollihakuiseksi.¹⁸⁸ Toisin sanoen erityisesti korkein oikeus on kiinnittänyt varsin tiukasti perustuslakivaliokunnan lain säätämisyvaiheessa antamiin kannanottoihin. Tällä on Lavapuron mukaan ollut neljä tärkeää seurausta. Ensinnäkin, tulkinta kiinnittyy tällöin abstrakteihin kysymyksenasetteluihin. Vaarana on, että tuomioistuin alkaa jopa tutkia lain säätämisyjärjestyksen oikeellisuutta, mihin sillä ei tietenkään ole valtuutta.¹⁸⁹ Esimerkiksi tapauksessa KKO 2006:71, jossa kantaja oli vedonnut siihen, että koskiensuojelulaki oli säädetty väärässä järjestyksessä, tuomioistuin esitti huomioinaan muun muassa, että ”Korkein oikeus toteaa, että kysymys koskiensuojelun suhteesta omaisuuden suojaan ja sen mukaan määräytynyt kysymys lain edellyttämästä säätämisyjärjestyksestä on käsitelty eduskunnan perustuslakivaliokunnassa” (kohta 33) ja ”Muutoinkaan yhtiö ei ole esittänyt perusteita, joiden nojalla voitaisiin katsoa, että koskiensuojelulain korvaussäännökset olisi saatettu voimaan selvästi perustuslain vastaisesti” (kohta 34). Sen sijaan tuomioistuimen olisi pitänyt todeta, ettei sillä ole toimivaltaa tutkia lainsäätämisyjärjestyksen perustuslainmukaisuutta. Tämän se on tehnyt myöhemmissä ratkaisuisissa.

¹⁸⁸ Lavapuro 2008, s. 608.

¹⁸⁹ Lavapuro 2008, s. 591.

Toinen ja kolmas seuraus ovat läheisessä yhteydessä toisiinsa. Korkeimman oikeuden huomio on nimittäin kiinnittynyt lähes yksinomaan tavallisen lain säätämisaikajankohdan esitöihin, sen sijaan, että se olisi hyödyntänyt myös perustuslakivaliokunnan perusoikeus-uudistuksen aikaisia kannanottoja perustuslain sisältöä määrittävinä lähteinä. Tällä on ollut myös se seuraus, että huomiotta on jäänyt ajan kulumisen vaikutus.¹⁹⁰ Esimerkiksi ensimmäisessä ratkaisussaan, jossa korkein oikeus sovelsi PL 106 §:ää, KKO 2004:26, se käsitteli vain rakennussuojelulain säätämisvaiheessa eli vuonna 1984 tehtyjä kannanottoja lain perustuslainmukaisuudesta. Näin myös käsitys omaisuudensuojasta perustuslaillisena oikeutena sai sisältönsä vuoden 1984 kannanottojen perusteella. Lisäksi korkein oikeus ei lainkaan huomionut sittemmin perustuslakiin otettua säännöstä, jonka mukaan ”vastuu -- kulttuuriperinnöstä kuuluu kaikille” (PL 20 §).¹⁹¹

Neljäs seuraus on Lavapuron mukaan eräänlainen äärimmäisyyksien logiikka: jos perustuslakivaliokunta on todennut lain ja perustuslain ristiriidan, sovelletaan PL 106 §:ää. Muussa tapauksessa sovelletaan lakia sanamuotonsa mukaan, koska ristiriidattomuus on jo tullut auktoritatiivisesti todettua.¹⁹² Lavapuro näyttää tarkoittavan, ettei perustuslain tulkintavaikutusta voida tällöin huomioida: perustuslaki ei voi vaikuttaa lain tulkintaan mitenkään muuten kuin etusijasäännöksen kautta. Lavapuro näyttää itse syyllistyvän tässä kohtaa analyysiään äärimmäisyyksien logiikkaan. Ensinnäkin, jos perustuslakivaliokunta on jo ennakkovalvonnassaan todennut lakiehdotuksen ja perustuslain ristiriidan, lakiehdotusta on tullut muuttaa tai se on tullut säätää poikkeuslakina. Lavapuron ensimmäisen skenaarion ei siis pitäisi olla mahdollinen. Toinen skenaario, jossa lakia sovelletaan 'tiukasti' sanamuotonsa mukaan, on mahdollinen vain, jos lain sanamuoto on täysin yksiselitteinen. Jos lain sanamuoto mahdollistaa useampia tulkintoja, näistä voidaan valita se, joka on perustuslain kanssa yhteensopivin. Kaiken lisäksi Lavapuron hahmotelma sopii ainoastaan tilanteisiin, joissa lakiehdotuksesta on saatu perustuslakivaliokunnan kannanotto. Kuten etusijasäännöksen perusteluissakin todetaan: ”merkittävä osa laeista säädetään ilman perustuslakivaliokunnan myötävaikutusta”.¹⁹³ Toisin sanoen: etusijasäännöksen soveltaminen ei tyhjenny perustuslakivaliokunnan kannanottoihin.

190 Lavapuro 2008, s. 591.

191 Ojanen 2004, s. 923–925.

192 Lavapuro 2008, s. 592, 598.

193 HE 1/1998 vp, s. 163.

Normikontrollihakuisen soveltamiskäytännön sijaan Lavapuro ehdottaa oikeusturvahakuista lähestymistapaa. Lähestymistapa saisi sisältönsä sen kautta, että etusijasäännöksen soveltaminen on toissijainen vaihtoehto suhteessa perustuslainmukaiseen laintulkintaan. Etusijalle asetettaisiin materiaalisoikeudellinen kysymys perustuslain sisällöstä ja etenkin perusoikeuksista nousevista oikeusturvaodotuksista. Tällöin ristiriita perustuslain kanssa olisi ilmeinen aina, jos se ei ole poistettavissa tulkinnalla.¹⁹⁴ Oikeusturvahakuisen lähestymistavan oli omaksunut korkein hallinto-oikeus tapauksessa KHO 2008:25. Tapauksessa virkamiehellä ei lain mukaan ollut valitusoikeutta virkansa siirtoa koskevassa asiassa, vaikka viransiirtopäätös olikin tehty lainvastaisesti ilman hänen suostumustaan. KHO totesi, että virkamiehen oikeus saattaa oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös riippumattoman tuomioistuimen ratkaistavaksi (PL 21 §) ei tullut riittävästi turvatuksi hallintolain mahdollistamalla ylimääräisellä muutoksenhaulla. KHO tutki valituksen.

Lavapuron hahmottelemat lähestymistavat ovat analyttisinä kategorioina hyödyllisiä, joskin nekin noudattavat juuri sellaista äärimmäisyyksien logiikkaa, josta Lavapuro varoittaa tuomioistuinta. Tosiasiassa kyse ei ole joko–tai-ratkaisusta. Tuomioistuin voi hyvin asettaa analyysinsä lähtökohdaksi lain esityöt. Näinhän Lavapurokin tekee lähtiessään purkamaan ilmeisyyskriteerin sisältöä¹⁹⁵. On kuitenkin hyvin harvinaista, että tuomioistuimen harkittavaksi tulisi tilanne, joka on täysin identtinen perustuslakivaliokunnan kuvitteleman tilanteen kanssa. Jos näin on, ja perustuslakivaliokunnan kannanotto on tuore, on luontevaa, että perustuslakivaliokunnan kanta saa etusijan, muutenhan ennakollinen perustuslakivalvonta menettäisi merkityksensä. Tällöinkin kuitenkin perustuslainmukaisella laintulkinnalla voidaan yrittää vähentää jännitettä lain ja perustuslain välillä, jos lain sanamuoto jättää tällaiselle tulkinnalle tilaa.

Perustuslakivaliokunnan kannasta voidaan myös poiketa perustuslain esitöiden mukaisissa tilanteissa, esimerkiksi silloin, kun tavallinen laki on säädetty kauan aikaa sitten tai kun perustuslain sisältö on muuttunut säädännäisen oikeuden tai tulkinnan kautta. Lisäksi on paljon tavallisempaa, että tuomioistuimen ratkaistavaksi tuleva tilanne poikkeaa joiltain osin perustuslakivaliokunnan kuvittelemista tilanteista. Näissä tilanteissa, sekä silloin, kun laki on vanha tai perustuslaki muuttunut, tuomioistuimen on ensin yritettävä poistaa

¹⁹⁴ Lavapuro 2008, s. 592–593.

¹⁹⁵ Lavapuro 2008, s. 589: ”Perustuslain esityöt tarjoavat lähtökohtaisesti luontevimman kiinnepohdan ilmeisyysvaatimuksen sisällön täsmentämiselle.”

ristiriita laintulkinnan keinoin. Jos tämä ei onnistu, tuomioistuin voi asettaa tulkintansa lähtökohdaksi perustuslain sisällön (sellaisena kuin se esitöiden, yleisen oikeuskehityksen ja kansainvälisen ihmisoikeusjuridiikan kehityksen valossa näyttäytyy) ja jatkaa analyysinsä tavallisen laintulkinnan keinoin hyväksyttyjä oikeuslähteitä käyttäen. Normikontrollihakuinen ja oikeusturvahakuinen lainsoveltaminen toimivat siis rinnakkain. Oikeastaan Lavapurokin myöntää tällaisen toimintatavan,¹⁹⁶ mutta analysoidessaan tuomioistuinten etusijaratkaisuja hän kuitenkin luokittelee ratkaisut joko normikontrollihakuisiksi tai oikeusturvahakuisiksi.

Ei voida myöskään katsoa, että oikeusturvahakuinen soveltamiskäytäntö edellyttää perusoikeuden 'voittavan' ja PL 106 §:ää sovellettavan. Kyse on tuomioistuimen perustelutyylistä ja analyysin lähtökohdista. Oikeusturvahakuinenkin soveltamiskäytäntö voi päätyä siihen, ettei ristiriita lain soveltamisen ja perustuslain välillä ole ilmeinen, jos oikeusturva toteutuu myös tavallista lakia sovellettaessa. Lisäksi oikeusturvahakuiseen lainsoveltamiseen voi liittyä punnintaa eri perusoikeuksien välillä, jolloin ei ole selvää, kummalle pitäisi antaa enemmän oikeusturvaa. Tuomioistuimen suorittaman punninta ilmentää jo sinänsä oikeusturvahakuista lähestymistapaa, sillä määritelmällisesti lain tai perustuslakivaliokunnan kannanoton yksioikoinen soveltaminen ei ole mahdollista punninnassa. Sanottu koskee paitsi punnintaa perusoikeuksien välillä, myös perusoikeuden ja muun, yhteiskunnallisen tai yleisen intressin tai edun välillä. Nämä seikat käyvät myös selvästi ilmi tarkastellessa korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytäntöä pidemmällä aikajaksolla.

5.3 Korkeimman hallinto-oikeuden soveltamiskäytäntö: normikontrollihakuinen vai oikeusturvahakuinen?

Lavapuron tehdessä analyysinsä oikeustapauksia oli vähemmän kuin tänään. PL 106 §:n soveltamisen arviointia ei voida enää pitää tuomioistuinten käytännössä poikkeuksellisenä, vaikka se sinänsä onkin harvinaista. Saadakseni pidemmän aikavälin perspektiiviä siihen, millaiseksi korkeimman hallinto-oikeuden PL 106 §:n soveltamiskäytäntö on muotoutunut, valitsin analyysin kohteeksi seitsemän tapausta vuosilta 2008–2016. Tapaukset olivat hyvin

¹⁹⁶ Lavapuro 2008, s. 592–593: ”Toisin sanoen keskitettyä normikontrollia painottavien näkökohtien rinnalla etusijasäännökselle pyritään antamaan sisältöä myös kokonaan toisen tyyppisistä näkökohdista käsin.”

erilaisia, mutta niissä kaikissa korkein hallinto-oikeus oli nimenomaisesti punninnut PL 106 §:n soveltamisedellytyksiä.¹⁹⁷

Ratkaisuista käy ilmi perusoikeusmyönteisen laintulkinnan ensisijaisuus suhteessa PL 106 §:n soveltamiseen. Tapauksessa KHO:2014:126 korkein hallinto-oikeus katsoi, että ristiriita saatiin poistettua tulkinnalla¹⁹⁸. Kahdessa tapauksessa (KHO:2008:25 ja KHO:2016:180) korkein hallinto-oikeus puolestaan totesi nimenomaisesti, ettei perusoikeusmyönteiselle laintulkinnalle jäänyt tilaa.

Korkein hallinto-oikeus on soveltanut PL 106 §:ää vain yhdessä tapauksessa, KHO:2008:25¹⁹⁹. Tästä huolimatta ratkaisut eivät olleet selkeästi normikontrollihakuisia. Pikemminkin niissä ilmeni sekä normikontrollihakuista että oikeusturvahakuista argumentaatiota. Lähimpänä normikontrollihakuista lähestymistapaa oli tapaus KHO:2013:192, jossa oli kyse valtauskirjan myöntämisestä geologisten tutkimusten tekemiseksi valtausalueella. KHO:n perustelut ovat suppeat, ja niissä tyydytään osittain viittaamaan hallinto-oikeuden perusteluihin, jotka myös ovat suppeat. Selvin merkki normikontrollihakuisuudesta on hallinto-oikeuden toteamus, että ”perustuslakivaliokunta on antamassaan lausunnossa uuden kaivoslain yhteydessä hyväksynyt lain kokonaisuudessaan”.²⁰⁰ Kuten perustuslakivaliokunta itsekkin totesi PL 106 §:n säätämisen yhteydessä, säännöksen soveltamisedellytykset voivat täyttyä myös valiokunnan arvioiman lain osalta, jos valiokunta ei ole arvioinut tuomioistuimessa esillä olevan kaltaista tulkintatilannetta²⁰¹. Tapauksessa KHO:2013:192 kumpikaan oikeusaste ei kuitenkaan pureutunut siihen, mitä perustuslakivaliokunta oli lausunut lain säännösten perusoikeusvaikutuksista, tai siihen, oliko perustuslakivaliokunta käsitellyt ratkaistavana olevan kaltaista tulkintatilannetta.

Korkein hallinto-oikeus viittasi Suomen kansainvälisiin ihmisoikeusvelvoitteisiin ja erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöön usein, viidessä tapauksessa seitsemästä. Kansainvälisiin velvoitteisiin viittaaminen voi indikoida

197 Tarkemmin metodista ks. jakso 1.1.

198 On hieman epäselvää, miksi KHO tästä huolimatta päätyi analysoimaan PL 106 §:n soveltamisedellytyksiä.

199 KHO:2008:25 sisältyi Lavapuronkin analyysiin, ja hän luonnehti ratkaisua oikeusturvahakuiseksi.

200 KHO:2013:192, kohdassa Hallinto-oikeuden ratkaisu, Asiassa saatu selvitys ja oikeudellinen arviointi, Perusoikeuksiin liittyvät valitusperusteet.

201 *PeVM 10/1998 vp*, s. 31.

normikontrollihakuisuutta, sillä erityisesti ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut voivat saada saman aseman kuin perustuslakivaliokunnan kannanotot: jos ihmisoikeustuomioistuin on todennut samansisältöisen lain soveltamisen olevan ristiriidassa ihmisoikeussopimuksen kanssa, sovelletaan PL 106 §:ää, jos taas ihmisoikeustuomioistuin ei ole todennut ristiriitaa ihmisoikeussopimuksen kanssa, ei sellaista synny myöskään suhteessa perustuslakiin. Kahdessa tapauksessa, KHO:2009:15 ja KHO:2012:75, lain ja perustuslain ristiriitaa arvioitiinkin käytännöllisesti katsoen ainoastaan ihmisoikeussopimuksen ja ihmisoikeustuomioistuimen käytännön valossa. Kun lain säännöksen soveltaminen ei ollut ristiriidassa kansainvälisten velvoitteiden kanssa, katsottiin, ettei se ollut ristiriidassa myöskään perustuslain kanssa. Näissä tapauksissa korkein hallinto-oikeus typisti perustuslain sisällön kansainvälisiin ihmisoikeusvelvoitteisiin, vaikka jälkimmäisten pitäisi asettaa vain vähimmäistaso kansallisille perusoikeuksille.

Kansainväliset velvoitteet saivat kuitenkin myös muunlaisia merkityksiä. Kahdessa tapauksessa, KHO:2008:25 ja KHO:2013:136, viittaus ihmisoikeussopimukseen jäi maininnan tasolle, ilman syvällisempää ihmisoikeustuomioistuimen käytännön selostamista tai tämän tulkintaperiaatteiden soveltamista tapaukseen. Vuoden 2008 tapauksessa on mielenkiintoista, että korkein hallinto-oikeus totesi kansallisen perusoikeuden ulottuvan laajemmalle kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen suoma oikeus. Tämän jälkeen korkein hallinto-oikeus keskittyi arvioimaan kansallista perustuslakia. Yhdessä tapauksessa, KHO:2016:180, ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöä käytettiin yhtenä mittarina perusoikeusrajoituksen hyväksyttävyyden arvioinnissa. Lisäksi lain vertaamista kansainvälisten normien asettamiin vaatimuksiin käytettiin Viljasen esittämällä tavalla viimesijaisena varmistuksena, ettei lain soveltaminen ollut ristiriidassa perustuslain kanssa²⁰².

Tapauksessa KHO:2012:75 korkein hallinto-oikeus selosti pitkällisesti ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisua *X. vs. Suomi*, joka päällisin puolin vaikutti samankaltaiselta kuin käsiteltävänä oleva tapaus. Korkein hallinto-oikeus ei kuitenkaan niellyt ihmisoikeustuomioistuimen langettavaa tuomiota analyysittä, vaan näki paljon vaivaa sen selittämiseksi, miksi tapaukset erosivat toisistaan eikä ristiriitaa ollut uudessa tapauksessa.

202 KHO totesi perustelujensa lopuksi, että ”Euroopan ihmisoikeussopimuksen, jonka valossa perustuslain perusoikeussäännöksiä on tulkittava, ei muun muassa aikaisemmin mainittu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö huomioon ottaen voida katsoa asettavan lisävaatimuksia asiassa”.

Tapaus ei ilmennä normikontrollihakuisuutta ainakaan sokean auktoriteettiuskon muodossa. Tosin ei ole selvää myöskään, että ihmisoikeustuomioistuimen langettavien tuomioiden pikkutarkka analyysi erojen löytämiseksi ilmentäisi oikeusturvahakuista lähestymistapaa. Kyse lienee ennemminkin siitä, että korkein hallinto-oikeus on toteuttanut korkeaa soveltamiskynnystä PL 106 §:lle.

Muissa tapauksissa korkeimman hallinto-oikeuden perustelut olivat oikeusturvahakuisempia kuin tapauksessa KHO:2013:192, vaikka perustuslaille annettiinkin etusija vain yhdessä tapauksessa. Ensinnäkin, perustuslakivaliokunnan tavallisesta laista antama kannanotto sai tuskin mitään sijaa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisun perusteluissa. Kahdessa tapauksessa mainittiin, ettei tällaista kannanottoa ollut. Peräti neljässä tapauksessa perustuslakivaliokunta oli antanut lain säätämisen tai asianomaisen säännöksen muuttamisen yhteydessä lausunnon, mutta korkein hallinto-oikeus ei selostanut tämän kannanoton sisältöä tai ottanut kantaa siihen, oliko perustuslakivaliokunnan kannanotto relevantti ratkaistavana olevan tapauksen kannalta. Toisin sanoen, perustuslakivaliokunnan kannanotto sai painoarvoa vain yhdessä tapauksessa, edellä eniten normikontrollihakuisesti ratkaisuksi luonnehditussa tapauksessa KHO:2013:192.²⁰³

Toiseksi, korkein hallinto-oikeus suoritti punnintaa tai muutoin huomioi erisuuntaiset intressit viidessä tapauksessa. Selvimmin punninta kävi ilmi tapauksessa KHO:2013:136, jossa yhden tahon perusoikeuksilla perusteltiin toisen tahon perusoikeuden rajoitusta. Kyse oli siitä, oliko Keskusrikospoliisilla valtuudet laittaa niin sanotulle estolistalle Suomessa sijaitseva internetsivusto, joka sisälsi linkkejä ulkomaisiin lapsipornografiaa sisältäviin sivustoihin. Sivuston ylläpitäjä valittiin tuomioistuimeen sananvapautensa rajoittamisesta. Korkein hallinto-oikeus kuitenkin totesi, että estotoimilaki suojasi lasten perus- ja ihmisoikeuksia ja viittasi tässä yhteydessä erityisesti KP-sopimukseen sekä lapsen oikeuksia koskevaan yleissopimukseen²⁰⁴. Lasten suojantarpeen korkein hallinto-oikeus totesi olevan ”painoarvoltaan huomattavasti merkittävämpi kuin se rajoitettu sananvapaussuoja, jota lapsipornografisen aineiston viestimisen voidaan edes teoriassa

203 Havainto on olennaisesti erilainen kuin Lavapuron sekä Ojasen tekemät havainnot, jotka pohjautuvat erityisesti KKO:n soveltamiskäytäntöön vuoteen 2008 asti. Myös KHO:n ratkaisut on huomioitu, mutta KKO:n ratkaisut ovat korostuneet kaikin puolin siitä syystä, että KKO on soveltanut säännöstä useammin. *Lavapuro* 2008, s. 591, 598–603; *Ojanen* 2008, s. 143–144.

204 Yleissopimus lapsen oikeuksista, SopS 60/1991.

katsoa nauttivan”²⁰⁵. Eri tahojen perusoikeuksien yhteensovittaminen mainittiin myös normikontrollihakuisimmassa ratkaisussa KHO:2013:192. Hallinto-oikeus totesi, että ”kaivostoiminnan harjoittajien ja maanomistajien oikeuksiin liittyviä omaisuudensuoja-näkökohtia on jo vanhassa kaivoslaissa (503/1965) otettu huomioon”²⁰⁶.

Tapauksissa KHO:2009:15 ja KHO:2016:180 kyse oli henkilön perusoikeussuojan punnitsemisesta yhteiskunnallista intressiä vasten. Tapauksessa KHO:2016:180 korkein hallinto-oikeus katsoi, että valtion fiskaaliset ja työvoimapolitiittiset intressit oikeuttivat sen, että suurituloisten eläkeläisten verotus muodostui vastaavan tuloluokan palkansaaajien verotusta ankarammaksi. Tapaus KHO:2009:15 koski transsukupuolisen oikeutta sukupuolen vahvistamiseen, pitäen kuitenkin avioliittonsa voimassa. Tapaus on samalla ainoa sukupuolen vahvistamista koskeva ratkaisu korkeimmasta hallinto-oikeudesta. Tapaus eteni Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen asti ja tunnetaan nimellä *Hämäläinen vs. Suomi*. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin asettui samalle kannalle kuin korkein hallinto-oikeus. Korkein hallinto-oikeus selosti pitkällisesti translain lainvalmistelu-aineistoa, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöä sekä silloisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen käytäntöä. Lisäksi korkein hallinto-oikeus punnitsi muiden Euroopan valtioiden oikeuskehityksen vaikutusta perusoikeuksien tulkintaan. Avioliiton säilyminen naisen ja miehen välisenä instituutiona on kulttuurisiin ja uskonnollisiin syihin pohjautuva yhteiskunnallinen arvovalinta. Käytännössä ratkaisu tiivistyi kysymykseen siitä, onko transsukupuolisen oikeus yksityiselämän suojaan niin painava oikeus, että tämä yhteiskunnallinen arvovalinta pitäisi sivuuttaa. Korkein hallinto-oikeus vastasi tähän kieltävästi. Korkein hallinto-oikeus, toisin kuin ihmisoikeustuomioistuin, ei todennut nimenomaisesti, että valittajan oikeusturva oli riittävästi taattu voimassa olevalla lailla, jonka nojalla avioliitto muuttuisi rekisteröidyksi parisuhteeksi. Tämän ajatuksen voi kuitenkin katsoa olevan ratkaisun taustalla.

Tapaus KHO:2014:126 oli eräänlainen yhdistelmä: siinä punnittiin vastakkain yhtäältä yksittäisen henkilön omaisuudensuojaan kuuluvaa kalastusoikeutta ja toisaalta yleisenä intressinä pidettävää kalastusalueen omaisuuden hoito-oikeutta sekä ympäristöperus-

205 KHO:2013:136, kohdassa 2. Pääasiaratkaisu, Asian oikeudellinen arviointi sananvapauden rajoittamisen kannalta Suomen perustuslain 106 §:ssä säädetyn valossa, Perustuslain 106 §:n soveltamiseen liittyvä oikeudellinen arviointi ja sen lopputulos.

206 KHO:2013:192, kohdassa Hallinto-oikeuden ratkaisu, Asiassa saatu selvitys ja oikeudellinen arviointi, Perusoikeuksiin liittyvät valitusperusteet.

oikeutta. Yleinen intressi ja ympäristöperusoikeus katsottiin painavammiksi: kalastusalue sai asettaa kalastusverkoille ajallisesti ja maantieteellisesti rajattuja solmuvälirajoituksia kannanhoidollisista syistä.

KHO:2008:25 on edelleen ainoa korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu, jossa PL 106 §:ää sovellettiin. Tapaus koski virkamiehen oikeutta valittaa virkamieslain nojalla tehdystä päätöksestä, jota lähtökohtaisesti koski valituskielto. Vaikka asiaa ei nimenomaisesti mainitakaan, todennäköisesti PL 106 §:n soveltamiseen tapauksessa vaikutti se, ettei virkamiehen valitusoikeuden kanssa ollut vastakkain toisen henkilön perusoikeutta tai selkeää yhteiskunnallista intressiä.

Kolmas seikka, joka tukee oikeusturvahakuisuutta, on yksittäistapauksellisuuden huomioiminen. Oikeusturvan tarvetta arvioidaan jokaisen tapauksen osalta erikseen. Esimerkiksi normikontrollihakuisimmassakin tapauksessa KHO:2013:192 korkein hallinto-oikeus totesi:

”Valtauskirjan antamista harkittaessa saattaa poikkeuksellisesti käydä ilmeiseksi, että kaivoslupaa ei myöhemmin voitaisi myöntää. Tällöin jo valtauskirjan antaminen saattaisi merkitä tarkoituksetonta ja sen vuoksi kohtuutonta puuttumista maa-alueen omistajan oikeuksiin. Valtausta koskevien säännösten soveltaminen voisi periaatteessa olla sen vuoksi Suomen perustuslain 106 §:ssä tarkoitettulla tavalla ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa.”²⁰⁷

Korkein hallinto-oikeus siis myönsi, että ilmeisen ristiriidan mahdollisuus oli olemassa. Tällainen tilanne ei kuitenkaan ollut käsillä ratkaistavana olevassa asiassa. Samoin tapauksessa KHO:2012:75, joka koski henkilön oikeussuojakeinoja määrättäessä tätä tahdosta riippumattomaan hoitoon, tuomioistuin arvioi asiaa juuri kyseisen tapauksen olosuhteiden valossa. Myös kahdessa muussa tapauksessa yksittäistapauksellisuus tuli esille.

Neljänneksi, oikeusturvahakuista lähestymistapaa indikoi viittaaminen uuden perustuslain perusoikeuslukua koskeviin esitöihin, perusoikeusuudistuksen esitöihin tai muun, uudemman tavallisen lain kuin sovellettavana olevan lain esitöihin. Tällaiset viittaukset kertovat siitä, että ratkaisussa punnitaan perusoikeuden sisältöä muutenkin kuin vain

207 KHO:2013:192, kohdassa Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu, Perustelut.

sovellettavan lain valossa. Tällaisia viittauksia on viidessä tapauksessa. Käänteisesti, sovellettavan lain esitöihin viittaaminen sekä sovellettavan lain tarkoitukseen viittaaminen indikoivat normikontrollihakuisuutta, sillä viittaukset kertovat, että merkitystä annetaan sille, mitä lainsäätäjä on tavallisesta laista sanonut ja mitä lainsäätäjä on tarkoittanut. Tämä on toki luonnollinen lähtökohta analyysille, mikä myös näkyy: kuudessa ratkaisussa seitsemästä viitattiin tavallisen lain esitöihin tai lain tarkoitukseen. Pelkkien viittausten perusteella on tietysti mahdoton sanoa varmasti ratkaisun normikontrollihakuisuudesta. Esimerkiksi viittaukset lain tarkoitukseen ovat välttämättömiä, jotta tuomioistuin voi toteuttaa punnintaa perusoikeuden ja yleisen intressin välillä. Siksi viittaukset toimivatkin vain indisiolina eri tyyppisestä argumentoinnista. Tästä syystä viittauksia perustuslakivaliokunnan kannanottoihin sovellettavasta laista on analysoitu tarkemmin edellä.

Kokonaisuutena voidaan sanoa, että korkeimman hallinto-oikeuden lähestymistapa sille esitettyihin perusoikeuksia koskeviin ongelmiin on pääsääntöisesti oikeusturvahakuinen. Jos perusoikeusmyönteinen tulkinta ei ole mahdollista, korkein hallinto-oikeus harkitsee PL 106 §:n soveltamista. Tässä harkinnassa myös tavallisen lain esitöillä ja lain tarkoituksella on oma merkityksensä. Kuitenkaan suurimmassa osassa tarkasteltuja tapauksia perustuslakivaliokunnan kannanottoa ei selostettu, vaikka sellainen olisi ollut. Toisaalta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntö saattoi saada perustuslakivaliokunnan lausunnon kaltaista auktoriteettia. Ylipäätään kansainvälisillä ihmisoikeusvelvoitteilla on huomattava painoarvo. Punnintaan perusoikeuksien tai perusoikeuden ja yleisen intressin välillä kiinnitettiin usein paljonkin huomiota. Lisäksi tapauksista kävi ilmi PL 106 §:n soveltamisharkinnan yksittäistapauksellisuus ja osassa tapauksia kartoitettiin perusoikeuden sisältöä myös muiden lakien esitöiden avulla. Säännöksen soveltamiskynnys on kuitenkin hyvin korkea.

5.4 PL 106 § ja translaki

Jotta etusijasäännöstä voidaan soveltaa, on oltava olemassa yksittäistapaus tuomioistuimessa. Translain kohdalla tämä tarkoittaisi sitä, että lisääntymiskykyisen transsukupuolisen olisi haettava sukupuolensa vahvistamista ja saatuaan maistraatilta hylkäävän päätöksen vietävä asiansa hallintotuomioistuimeen. Tuomioistuin ei voisi julistaa translain säännöstä perustuslainvastaiseksi yleisellä tasolla, vaan ratkaisu soveltuisi suoraan

ainoastaan käsiteltävänä olevaan tapaukseen. Johdannossa todettiin, että lisääntymiskyvyttömyys voidaan saavuttaa usealla eri tavalla. Tässä jaksossa tarkastellaan hypoteettisesti tilannetta, jossa henkilö kieltäytyy näistä kaikista: steriloinnista, hormonihoidosta ja sukuelinkirurgiasta. Hän ei myöskään ole muusta syystä lisääntymiskyvytön. Saadessaan maistraatilta hylkäävän päätöksen sukupuolen vahvistamista koskevassa asiassaan lisääntymiskykynsä takia, hän hakee hallinto-oikeudelta (tai viime kädessä korkeimalta hallinto-oikeudelta) muutosta maistraatin päätökseen.²⁰⁸ Tässä jaksossa tarkastellaan, mitä asioita hallinto-oikeus tai korkein hallinto-oikeus kenties ottaisi huomioon arvioidessaan PL 106 §:n soveltuvuutta tapaukseen.

Suoralta kädeltä voidaan todeta, ettei translakia ole säädetty poikkeuslakina. Laista ei myöskään ole perustuslakivaliokunnan kannanottoa, eikä lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen perustuslainmukaisuuteen ole lain esitöissä kiinnitetty huomiota. Perusoikeusmyönteinen tulkintakaan ei tule kysymykseen, sillä translain asettama vaatimus on selväsanainen: henkilön on oltava lisääntymiskyvytön ennen kuin hänen sukupuolensa voidaan vahvistaa. Viime kädessä tämä tarkoittaa, että henkilön on alistuttava sterilointiin, joka mahdollistetaan tätä tarkoitusta varten sterilointilain 1 §:ssä. Lain esitöistä tai perusoikeusmyönteisestä laintulkinnasta ei siis ole apua asian ratkaisemisessa.

Tarkastellun vuosikirja-aineiston perusteella vaikuttaa siltä, ettei PL 106 §:n ilmeisyyskriteeri saa lainkäytössä itsenäistä merkitystä. Onkin sangen vaikea kuvitella, että korkein hallinto-oikeus toteaisi lain soveltamisen olevan ristiriidassa perustuslain kanssa, muttei kuitenkaan niin ilmeisessä ristiriidassa, etteikö lakia voisi soveltaa. Tähän nähden ehdotukset ilmeisyyskriteerin poistamisesta ovat järkeviä²⁰⁹. Ristiriidan ilmeisyyttä parempi kysymys vaikuttaa olevan, onko juuri kyseisessä yksittäistapauksessa tapahtunut tai tapahtumassa sellainen oikeudenmenetys, joka ei perustuslain kokonaisuuden valossa ole hyväksyttävä. Esimerkiksi hallinto-oikeuteen valittavan lisääntymiskykyisen transsukupuolisen kohdalla on tapahtunut oikeudenmenetys, kun hän ei ole saanut sukupuoltaan

208 Tämän jakson tarkastelu ei siis sellaisenaan sovellu tapaukseen, jossa henkilö on jo lisääntymiskyvytön syystä tai toisesta, sillä silloin hänen hakemustaan sukupuolen vahvistamiseksi ei hylättäisi lisääntymiskyvyn takia. Tällaisessakin tapauksessa henkilö saattaa tosin kieltäytyä toimittamasta todistusta lisääntymiskyvystään tai -kyvyttömydestään. Koska säännös on jo itsessään ongelmallinen perusoikeuksien kannalta, ei häntä myöskään pidä velvoittaa tällaista todistusta toimittamaan. Tilannetta voi tällöin käsitellä samaan tapaan kuin tilannetta, jossa henkilö on lisääntymiskykyinen.

209 Ilmeisyyskriteerin poistamista on ehdottanut mm. Tuomas Ojanen Perustuslaki 2008 -työryhmän muistiossa. *Ojanen* 2008, s. 151.

vahvistettua, vaikka hänen oikeutensa yksityiselämän suojaan edellyttää tätä. Toisaalta sukupuolen vahvistaminen edellyttäisi toisen oikeudenmenetyksen tapahtumista, kun hänen henkilökohtaiseen koskemattomuuteensa puututtaisiin peruuttamattomasti ilman hänen aitoa suostumustaan.

Ristiriidan ei välttämättä voitaisi katsoa olevan perustuslain vaatimalla tavalla ilmeinen, jos transsukupuolinen joka tapauksessa haluaisi lisääntymiskyvyttömyyden aiheuttavaa hoitoa. Tällöin transsukupuoliselle ei aiheutuisi lisääntymiskyvyttömyyden vaatimisesta ainakaan kovin suurta oikeudenmenetystä, koska hän joka tapauksessa tulisi täyttämään translain vaatimuksen. Tällainen tilanne voisi olla käsillä, jos transsukupuolinen ensin antaisi suostumuksensa lisääntymiskyvyttömyyden aiheuttavaan hoitoon, mutta kuitenkin hakisi sukupuolen vahvistamista ennen hoidon aloittamista. Transsukupuoliselle aiheutuisi kuitenkin oikeudenmenetys sinä aikana, jolloin hän odottaa hoitoon pääsyä tai hoidon vaikuttamista, koska hän ei tänä aikana saisi sukupuoltaan vahvistettua. Esimerkiksi hormonihoidon perusteella kirjoitetaan todistus lisääntymiskyvyttömyydestä yleensä vasta kuuden kuukauden kuluttua hoidon aloittamisesta. Lisäksi tällaiseenkin tapaukseen liittyy kysymys suostumuksen aitoudesta ja peruutettavuudesta.

Vapaan ja aidon suostumuksen problematiikkaa on käsitelty yllä jaksossa 4.2. Ensinnäkin, aidon suostumuksen olemassaoloon on lähtökohtaisesti suhtauduttava kriittisesti, varsinkin jos transsukupuolinen itse ilmoittaa, ettei hänen suostumuksensa ole vapaasta tahdosta annettu. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin totesi tapauksessa *Van Kück vs. Saksa*, ettei transsukupuoliselle voi asettaa suhteettoman painavaa näyttötaakkaa transsukupuolisuudestaan tai siihen liittyvistä seikoista, kuten transsukupuolisuuden syntymekanismista, etenkin, kun transsukupuolisuuden syntymekanismista ei ole lääketieteellistä varmuutta.²¹⁰ Samaa periaatetta voidaan soveltaa suostumuksen aitouden arviointiin: todistustaakan suostumuksen aitouden osalta tulisi näin ollen olla maistraatilla. Toiseksi, alun perin annetun suostumuksen aitoudella ei pitäisi tässä yhteydessä olla merkitystä, koska suostumus on voitava peruuttaa. Transsukupuolisen näin ollen peruuttaessa suostumuksensa lisääntymiskyvyttömyyden aiheuttavaan hoitoon, syntyisi translain vaatimuksen ja perustuslain välille samanlainen ilmeinen ristiriita, kuin jos suostumusta ei olisi lainkaan annettu.

210 *Van Kück vs. Saksa*, kohdat 76, 81–82.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuaineistosta käy ilmi, että perustuslakivaliokunnan muotoilemien rajoitusedellytysten käyttö lain soveltamisen perustuslainmukaisuuden arviointiin ei ole johdonmukaista. Aineisto antaa kuitenkin varovaista osviittaa siitä, että rajoitusedellytysten nimenomainen käyttö olisi lisääntynyt: vuosina 2013, 2014 ja 2016 ratkaistuissa tapauksissa rajoitusedellytyksiin viitattiin nimenomaisesti, kun vuosina 2008, 2009 ja 2012 ratkaistuissa tapauksissa rajoitusedellytykset saivat tuskin mitään sijaa. Poikkeuksena trendistä on normikontrollihakaiseksi luonnehdittu ratkaisu KHO:2013:192, joka suppeutensa ja normikontrollihakaisuutensa takia näyttäytyy muutenkin eräänlaisena poikkeusratkaisuna. Hyväksyttävän rajoitusperusteen vaatimus, suhteellisuusvaatimus sekä kansainvälisten velvoitteiden noudattamisen vaatimus näyttäytyvät tärkeimpinä rajoitusedellytyksinä, joita korkeimmassa hallinto-oikeudessa analysoidaan. Edellistä kahta tarkastellaan punninnassa, jota korkein hallinto-oikeus suorittaa eri perusoikeuksien tai perusoikeuden ja yleisen intressin välillä. Jälkimmäinen saa ratkaisussa vaihtelevan merkityksen, kuten yllä on todettu.²¹¹ Epäilemättä nämä elementit olisivat keskeisiä myös transsukupuolisen lisääntymiskykyä koskevassa asiassa. Hyväksyttävän rajoitusperusteen vaatimusta, suhteellisuusvaatimusta sekä kansainvälisten velvoitteiden noudattamisen vaatimusta on tarkasteltu jaksoissa 4.3, 4.4 ja 4.5. Edellä mainittua ei ole tarpeen toistaa. Translain tapauksessa rajoitusperusteet ovat hylättäviä, perusoikeuden rajoitus on suhteettoman ankara ja rajoitus loukkaa Suomen kansainvälisiä ihmisoikeusvelvoitteita. Koska rajoitusperusteet ovat hylättäviä, voidaan todeta, ettei transsukupuolisen oikeuden kanssa vastakkain olisi toista perusoikeutta tai selkeää yleistä intressiä. Tältä osin transsukupuolisen tapaus muistuttaisi tapausta KHO:2008:25, jossa KHO sovelsi PL 106 §:ää.

Tässä jaksossa olen tarkastellut tilannetta, jossa maistraatti on hylännyt hakemuksen sukupuolen vahvistamisesta hakijan lisääntymiskykyisyyden perusteella ja hakija on valittanut päätöksestä hallinto-oikeuteen ja kenties edelleen korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Ottaen huomioon, että lisääntymiskyvyttömyyden vaatiminen tarkoittaa merkittävää puuttumista henkilön fyysiseen koskemattomuuteen, että vaatimusta ei ole oikeutettu hyväksyttävällä rajoitusperusteella, että laissa säädetyt keinot ovat suhteettoman ankaria suojeltavaan oikeushyvään nähden ja että Suomen kansainväliset ihmisoikeus-

211 Myös oikeusturvakeinojen riittävyyttä arvioitiin usein, neljässä tapauksessa, mutta kahdessa tapauksessa oli kyse oikeusturvaperusoikeuden (PL 21 §) arvioinnista. Siksi en ole laskenut oikeusturvavaatimusta tärkeimpien rajoitusedellytysten joukkoon. Jos tämän rajoitusedellytyksen täyttyminen on puutteellista, puhutaan jo itsenäisestä perusoikeusrajoituksesta.

velvoitteet kieltävät lisääntymiskyvyttömyyden vaatimisen, translain sterilointivaatimuksen soveltamisen ristiriita perustuslain kanssa on ilmeinen. Perusoikeusparadigman mukainen ratkaisu olisi siis jättää translain säännös soveltamatta PL 106 §:n nojalla ja vahvistaa hakijan sukupuoli.

6 Lopuksi

Transsukupuolisten tilanne on Suomessa poikkeuksellinen. He joutuvat valitsemaan kahden pysyvän perusoikeuden rajoituksen välillä: joko heidän sukupuolimerkintänsä on pysyvästi heidän identiteettiään vastaamaton tai heidän lisääntymiskykynsä tuhotaan. Kyseessä on 'Catch-22'-tilanne: voidakseen käyttää perusoikeuttaan transsukupuolisen on luovuttava perusoikeudestaan. Kuten *Joseph Hellerin* romaanissa, Catch-22-tilanne on päätösvalan käyttäjien keksimä nöyryyttämisen muoto, joka kohdistuu heikommassa asemassa oleviin. Nöyryyttävyytensä lisäksi tilanne altistaa transsukupuoliset syrjinnälle ja vaikeuttaa heidän arkielämäänsä. Lisääntymiskyvyttömyyden vaatimisella puututaan transsukupuolisten oikeuteen henkilökohtaiseen koskemattomuuteen, pahimmassa tapauksessa loukataan heidän ihmisarvoaan.

Huhtikuussa 2017 Euroopan ihmisoikeustuomioistuin antoi ratkaisun, jossa Ranskan lainsäädännön vaatimus steriliteetistä todettiin ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan vastaiseksi. Suomalainen vastaava vaatimus olisi voitu huomata perustuslain vastaiseksi ilman tätä ratkaisuakin. Lisääntymiskyvyttömyysvaatimus on Suomen perustuslain valossa täysin epäsuhdassa suojeltavaan (hylättäviin arvoihin perustuvaan) yhteiskunnalliseen intressiin nähden. Pysyvän, henkilökohtaisen koskemattomuuden ytimeen asti ulottuvan rajoituksen kanssa vastakkain on epämääräinen huoli siitä, että joku transsukupuolinen joskus jossain saattaisi saada lapsen. Lisääntymiskyvyttömyysvaatimus ei myöskään ole tosiasiallisesti tehokas keino estää miehiä synnyttämästä tai naisia siittämästä lapsia. Mies synnytti tänä vuonna lapsen Suomessa. Suomen rekisterijärjestelmät eivät kaatuneet, muiden ihmisten perheet eivät hajonneet eivätkä muut ihmiset joutuneet synnytyssaliin seuraamaan toimitusta.

Lainsäätäjän ainoa peruste vaatia lisääntymiskyvyttömyyttä sukupuolen vahvistamisen ehtona on, että muuten miehet voisivat synnyttää ja naiset siittää. Peruste voidaan tulkita usealla eri tavalla, jotka kaikki ovat hylättäviä. Jos taustalla on sen vaaliminen, millaisia perheitä kukakin saa muodostaa, peruste on syrjivä ja stigmatisoiva ja siksi hylättävä. Se ei saa institutionaalista tukea perustuslaista. Jos taustalla on rekisterijärjestelmille tai muulle lainsäädännölle synnyttävästä miehestä tai siittävästä naisesta aiheutuvat ongelmat, on kyse lainsäätäjän laiskuudesta. Lähtökohtana on oltava, että muu oikeusjärjestelmä luodaan

perusoikeuksia kunnioittavaksi. Jos taustalla on transsukupuolisiin liittyvä 'yök-vaikutin', rajoitusperuste perustuu ennakkoluuloon ja on demokraattisen yhteiskunnan yhdenvertaisuus- ja suvaitsevaisuusarvojen vastainen. Lisääntymiskyvyttömyysvaatimukselle ei ole mitään perustuslain kannalta hyväksyttävää perustetta. Transsukupuoliset joutuvat tilanteeseen, jota *Scheinin* voisi verrata harakkaan tervatulla sillalla: ”kun nokka irttaa, pyrstö tarttuu kiinni”²¹². Sillan tervaamiseen ei kuitenkaan ole mitään tarvetta, oikeudellisesta oikeutuksesta puhumattakaan. Tällainen lainsäätäminen on kaukana kärsimystä minimoivasta lain humanisuuden ideaalista. Toisaalta ratkaisukin näyttäytyy yksinkertaisena: tilanne voidaan korjata lakimuutoksella.

Vuonna 2001 sosiaali- ja terveysvaliokunta totesi, että sterilointi- ja raskaudenkeskeytys-säännösten arvioiminen perusoikeuksien kannalta olisi tarpeen myös muissa tilanteissa kuin raskaudenkeskeytyksen yhteydessä suoritettussa tahdonvastaisessa steriloinnissa²¹³. Vuotta myöhemmin käsitellessään hallituksen translakiehdotusta valiokunta ei kuitenkaan maininnut sanallakaan lisääntymiskyvyttömyysvaatimukseen liittyvää perusoikeusnäkökulmaa eikä pitänyt tarpeellisenä pyytää säännöksen johdosta perustuslakivaliokunnan lausuntoa. Vuonna 2008 YK:n yleismaailmallisessa määräaikaistarkastelussa Suomi sitoutui parantamaan transihmisten asemaa²¹⁴. Vuonna 2014 sosiaali- ja terveysministeriö asetti työryhmän valmistelemaan translain uudistusta. Vuonna 2016 kansanedustaja Modig teki lakialoitteen lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen poistamisesta. Tästä huolimatta lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksesta ei ole päästy eroon. Transsukupuoliset tuntuvat jääneen poliittiseen katveeseen: lainsäätäjän vastarinta translain uudistamiselle on ollut lähes selittämättömän sitkeää.

Lainsäätäjän vitkastellessa transsukupuolisten oikeuksien suojaamiseksi on toinenkin keino. Tässä tutkielmassa on tarkasteltu perustuslain etusijasäännöksen eli 106 §:n soveltamisedellytyksiä korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytännön valossa. Ristiriita lisääntymiskyvyttömyysvaatimuksen ja transsukupuolisten perusoikeuksien välillä on ilmeinen. Johtopäätöksenä voidaan todeta, että nykyistä perusoikeusparadigmaa parhaiten

212 *Scheinin* 2012, s. 126.

213 *StVM* 4/2001 vp, s. 2. Valiokunta totesi myös, että tahdonvastaisen steriloinnin abortin yhteydessä mahdollistava säännös ”on ristiriidassa ihmisoikeussopimusten ja perustuslain kanssa ja säännöksen kumoaminen on ihmisarvon loukkaamattomuuden ja henkilökohtaisen koskemattomuuden kannalta tarpeellista”.

214 *YK:n ihmisoikeusneuvosto* 2008, suositus 7, s. 6.

toteuttava vaihtoehto olisi soveltaa etusijasäännöstä ja jättää translain säännös lisääntymiskyvyttömyydestä soveltamatta. *Jaakko Husan* kommentti etusijasäännöksestä on tässä kohtaa osuva: ”Tuomioistuinlaitoksen hoidossa oleva mikropolitiikka nostaa näin keskusteluun teemoja, jotka eivät artikuloidu ja pääse julkisuuteen ”makropolitiikassa”. ”²¹⁵

Tutkielman alussa siteerasin oikeusministeri *Häkkästä*, joka sanoi pitävänsä pyhänä asiana jokaisen Suomen lainkäyttöpiirissä olevan henkilön perusoikeuksien turvaamista. Transsukupuolisille asetettu lisääntymiskyvyttömyysvaatimus on Häkkäsellemme siten pyhäinhäväistys. Lainsäätäjällä lienee sovituksen paikka.

215 *Husa* 2003, s. 15.